نظام القضاء و الشهادة

في الشريعة الإسلامية الغراء

الجزء ٢-١

بسم الله الرحمن الرحیم

نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ

کاتب:

جعفر سبحانی

نشرت فی الطباعهٔ:

موسسه الامام الصادق علیه السلام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ

اشارة

سرشناسه : سبحانی تبریزی، جعفر، - ۱۳۰۸

عنوان و نام پدیدآور : نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ/ تالیف جعفر السبحانی

مشخصات نشر : قم: موسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۸ق. = ۱۳۷۶.

مشخصات ظاهری : ج ۲

شابک : ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۲۹۶۴-۶۲۴۳-۱۵-۰

یادداشت : کتابنامه

موضوع : قضاوت (فقه)

شناسه افزوده : موسسه امام صادق (ع)

رده بندی کنگره : BP۱۹۵/س۲ن۶ ۱۳۷۶

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی : م۷۷-۵۸۹۳

الجزء الأول

اشارة

نظام

القضاء و الشهادة

فی الشریعة الاسلامیة الغراء

تألیف: العلامة الفقیه الشیخ جعفر السبحانی

الجزء الأوّل

نشر: مؤسسة الإمام الصادق (ع) إیران قم

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲

هویة الکتاب

اسم الکتاب: نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغرّاء

المؤلف: جعفر السبحانی

الجزء: الأول

الطبعة: الأولی

المطبعة: اعتماد قم

التاريخ: ۱۴۱۸ ه ق/ ۱۳۷۶ هش

الكمية: ۲۰۰۰ نخسة

الناشر: مؤسسة الامام الصادق عليه السَّلام

السعر: ۲۵۰۰ تومان

الصفّ و الإخراج باللاينوترون: مؤسسة الامام الصادق عليه السَّلام

۲- ۹۶۴۶۲۴۳۱۴: شابک

توزيع

مكتبة التوحيد

قم ساحة الشهداء ۷۷۴۳۱۵۱

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳

[المقدمة]

اشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

القضاء و دوره فى استتباب الأمن و استقرار العدل

تقوم الحكومة الإسلامية على دعائم ثلاث

اشارة

، يلعب كلّ منها دوراً هاماً فى تشييد معالمها و هى عبارة عن:

۱-. السلطة التشريعيّة.

۲-. السلطة التنفيذيّة.

۳-. السلطة القضائيّة.

فللسلطة التشريعية مراحل نشير إليها على وجه الإيجاز:

أ. مرحلة التشريع

: أى سنّ القوانين و جعلها: و هو مختص بالله سبحانه، و ليس لأحد حقّ التقنين و التشريع، و هذا ما يعبر عنه بالتوحيد فى التقنين.

ب. مرحلة الاستنباط

: أى استنباط ما شرّعه الله سبحانه فى الكتاب و السنّة و غيرهما من مصادر التشريع، و يقوم بتلك المهمة الفقهاء العظام.

ج. مرحلة التخطيط

: و هی وظیفـة المجلس النیابی الـذی یضم نواب الأُمّة من ذوی الاختصاص، و تطرح فیه البرامج المختلفة فی مجالات شتی علی ضوء القوانین

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴

الإسلامیة.

هذا کلّه حول السلطة التشریعیة.

و أمّا السلطة التنفیذیة

فهی التی تأخـذ علی عاتقها إدارة البلاد بصورة مباشـرة دون أن یکون هناک التزام بأُسـلوب و صورة خاصـة لإدارتها غیر کونه موافقاً للشرع، و لأجل ذلک تتبع کلّ ما تجده صالحاً حسب مقتضیات الزمان. فإنّ المطلوب من صاحب الشریعة هو الترکیز علی لزوم السلطة و مواصفات القائمین علیها، و أمّا أسالیب التنفیذ فإنّما تتبع متطلبات الزمان شریطة أن لا تکون مخالفة لما سنّه الإسلام.

و أمّا السلطة القضائیة

التی هی موضوع بحثنـا فی هـذا التقـدیم، فتمثـل مکـان الصـدارة فی اسـتتباب الأـمن و النظـام، و اسـتقرار العـدل، و صـیانة الحقوق و الحرّیات من التعسّف و التعدی، و بذلک یسود التوازن و القسط و العدل ربوع ذلک المجتمع.

و یکفی فی الإشـارة إلی منزلـة القضـاء الرفیعـة انّه من شـئون الأنبیـاء، کما نلاحظه فی قوله سـبحانه: (یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَـةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوی فَیُضِلَّکَ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ) (ص/ ۲۶).

و کان الأنبیاء یصدرون فی فصل الخصومات عن الکتب السـماویة دون أن یتعدوها قید شعرة، قال سبحانه: (إِنّا أَنْزَلْنَا التَّوْراةَ فِیها هُدیً وَ نُورٌ یَحْکُمُ بِهَا النَّبِیُّونَ الَّذِینَ أَسْلَمُوا لِلَّذِینَ هادُوا) (المائدة/ ۴۴).

و یخاطب الله سبحانه نبیّه الخاتم بقوله: (وَ أَنِ احْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ وَ احْذَرْهُمْ أَنْ یَفْتِنُوکَ عَنْ بَعْضِ ما أَنْزَلَ اللّهُ إِلَیْکَ) (المائدة/ ۴۹).

هـذه هی مکانـة القضاء و هؤلاء هم القضاة (الأنبیاء) و هـذه برامجهم، فلیس للقاضـی القضاء طبقاً للقوانین الوضـعیة التی لا تمتُّ إلی أحکام السماء بصلة، و لا القضاء بالهوی، و قد نوّه سبحانه إلی ذینک الأمرین بقوله: (فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمّا جاءَکَ مِنَ الْحَقِّ) (المائدة/ ۴۸).

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵

وحدة السلطة التنفیذیة و القضائیة و فصلهما

إنّ الرائج فی العصور المتأخرة فصل السلطتین القضائیة و التنفیذیة لمصالح تقتضیه، و لکلّ سلطة حدودها و مجال نفوذها، لئلّا تتداخل إحداهما فی شئون الأُخری.

و لا نری فی الإسلام أصلًا لهذا الفصل، لا بمعنی انّ الإسلام ینهی عنه و یمنع منه، بل ترک فصل السلطتین أو وحدتهما إلی مقتضیات

الزمان، فالنبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أوّل من مارس القضاء فى الشريعة الإسلامية كما مارس فى الوقت نفسه السلطة التنفيذية، فكان بشخصه يُمثِّل السلطتين، و قد بلغ عناية القرآن بلزوم التسليم أمام قضائه حدّاً، عدّ التسليم لقضائه من مقدمات الإيمان، قال سبحانه: (فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً) (النساء/ ۶۵)، فكان حاكماً و قاضياً و فى الوقت نفسه كان ينصب القضاة، فقد بعث صلّى الله عليه و آله و سلّم عليّاً إلى اليمن للقضاء و دعا فى حقّه قائلًا: «اللّهمّ اهد قلبه و ثبّت لسانه» «۱». كما بعث معاذاً إلى اليمن لهذه المهمة أيضاً، و سار على هذا النهج، الخلفاء الذين أخذوا بزمام الأُمور بعد رحيل النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فكانوا ولاة و قضاة فى آن واحد.

و لما غادر الإمام عليه السلام البصرة إلى الكوفة و جعلها دار الخلافة، فقد مارس القضاء و هو وال إضافة إلى أنّه عليه السلام نصب شريحاً لمهمة القضاء و شرط عليه أن لا ينفذ ما قضاه حتى يعرضه عليه. «۲»

فالفصل بين السلطتين أو وحدتهما أمر متروك إلى المصالح.

و هنا نكتة جديرة بالبحث و هى انّ الحافز من وراء فصل السلطتين فى الأوساط الغربية هو عدم اشتراطهم شيئاً من المواصفات فى السلطة التنفيذية سوى الدهاء و

---

(۱) الجزرى: جامع الأُصول: ۱/ ۵۴۹ أخرجه أبو داود و الترمذى.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۶

العقل و الكفاءة الذاتية من دون اشتراط عنصر الإيمان و العدالة و الزهد على خلاف ما اشترط الإسلام، و قال سبحانه: (الَّذِينَ إِنْ مَكَّنّاهُمْ فِى الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوُا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/ ۴۱).

فلو مارس الحاكم بهذه المواصفات مهمّة القضاء لا يهمه سوى اجراء العدالة دون أن يستغل مقامه السامى فى إحقاق الباطل و إبطال الحق. بخلاف الحاكم فى الأنظمة الغربية فلا يبعد أن يستغل مقامه فى صالح المبطل و ضدّ المحق.

إنّ على عاتق الجمهورية الإسلامية رفع المستوى الفقهى للقضاة، فلا تنصب لتولى مديرية هذه المهمّة إلّا من له أهليّة الاستنباط فى باب القضاء و الشهادات و الحدود و الديات التى يجمعها لفظ عنوان الأحكام و السياسات.

كما أنّ على عاتق مديرية الحوزة العلمية أن تجعل القضاء إحدى مواد مناهجها الدراسية يتخصص بها، لفيف من الفضلاء و هذه أمنيّة كسائر الأمانى التى لم أزل أنادى بها منذ زمن بعيد.

و فى الختام أتقدّم بالشكر الجزيل إلى ولدى الروحى الفاضل حجّة الإسلام و المسلمين الشيخ «محمد الهادى به» حيث حضر هذه البحوث بوعى و دقة كما حضر سائرها و أشرف على هذا الكتاب الماثل بين يدى القارئ إشرافاً علمياً منذ تدوينه إلى إخراجه بهذه الحلة الرائعة، فشكر الله مساعيه و جعله من العلماء العاملين و نفع الله به الإسلام و المسلمين، آمين ربّ العالمين.

قم. مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للأبحاث و الدراسات الإسلامية جعفر السبحانى فى ۱۵ من شهر ربيع الأوّل من شهور عام ۱۴۱۸ ه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۷

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى أمر عباده بالقضاء بالعدل و الحقّ، و نهاهم عن الحكم بالجور و العسف. و الصلاة و السلام على رسوله الذى بعثَه بالحُجج و البيّنات، و رافقه بالصحف و الكتاب، و على وصيّه الحاكِم بالقسط، و أقضى الأمّة، و عترته الطاهرين، أئمّة العدل و خلفاء الله على الأرض، صلاة لا نهاية لها.

أمّا بعد: فقد طلب منّی لفیف من الفضلاء الأکارم، و جمع من العلماء الأماثل، إلقاءَ محاضرات حول القضاء فی الإسلام، الذی اشتدّت الحاجة إلیه بعد قیام الثورة الإسلامیّة فی ایران و زادت الرغبة إلی فهم أصوله و دقائقه بین طلّاب الفقه و بغاة الفضیلة فنزلت عند رغبتهم، سائلًا من اللّه سبحانه العصمة من الخطاء فی القول، و الزلل فی العمل، إنّه خیر معین و مجیب.

فنقول: مقاصد القضاء أربعة:

الأوّل: القاضی و صفاته.

الثّانی: فی آداب القاضی.

الثالث: فی کیفیّة الحکم.

الرابع: فی أحکام الدعاوی.

و قبل الخوض فی المقصود نقدّم اموراً:

اشارة

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸

الأمر الأوّل: فی أن القضاء أحد الدعائم الثلاث لسعادة المجتمع

اشارة

من سَبر الکتب الفقهیّة و أمعن النظر فی المصادر الإسلامیّة، یقف علی أنّ الشریعة الإسلامیّة اعتمدت فی إدارة المجتمع علی أرکان ثلاثة، لکل شأنه و موقفُه و لا یستغنی عنها اهل الدّین فی زمان من الأزمنة، و أنّ رحی الحیاة فی جمیع الأدوار تدور علیها، و هی:

۱ السائس و الحاکم

هذا هو الرکن الأوّل لإدارة المجتمع، و المقصود منه وجود قوّة تنفیذیّة، تنفّذ و تطبّق ما جاء به صاحب الشریعة فی مجالات مختلفة، و فی ظلّ هذه القوّة المتمثّلة فی الحاکم الإسلامی، یسود الأمنُ علی البلاد، و یُجْبی الصدقاتُ و الزکاة، و تُجری الحدودُ و الأحکام علی العصاة و الطغاة، و تُحفظُ ثغور البلاد من دخول الأعداء و تسلّل الکفّار إلی أراضیها و أجوائها لیفسدوا الأمر علیهم. إلی غیر ذلک من وظائفَ لِسائس القوم و حاکمهم و منظِّم أمورهم فی مجال ترویج الاقتصاد و التّجارة، و بسط العدل و القسط، و صیانة الأمّة من الظلم و التعدّی و ما شابهها، و تختلف وظائف السائس قلّة و کثرة حسب إختلاف الحضارات و البیئات الّتی تحیط به.

قال سبحانه (الَّذِینَ إِنْ مَکَّنّاهُمْ فِی الْأَرْضِ أَقامُوا الصَّلاةَ وَ آتَوُا الزَّکاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْکَرِ وَ لِلّهِ عاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/ ۴۱)

و قال الإمام علی بن موسی الرضا علیه السلام: «إنّا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل، بقوا و عاشوا إلّا بقیّم و رئیس لما لا بدّ لهم منه فی أمر الدین و الدنیا، فلم یجز فی حکمة الحکیم أنْ یترکَ الخلقَ ممّا یعلم أنّه لا بدّ لهم منه و لا قوامَ لهم إلّا به،

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۹

فیقاتلون به عدوّهم، و یقسمون فیئهم و یقیمون به جمعتهم و جماعتهم، و یمنع ظالمهم فیه مظلومهم». «۱» و عُبّر عن السائس فی الروایات، بالحاکم و السلطان و الإمام إلی غیر ذلک.

۲ القاضی و الفاصل للخصومات

و هـذا هو الركن الثـانی لإدارهٔ المجتمع الإسـلامی بـل مطلق المجتمع البشـری لأنّ الحیاهٔ الفردیـهٔ، لا تثیر أی اختلاف و نزاع بخلاف الحیـاهٔ الجماعیّـهٔ فـإنّ الاختلاـف فیهـا وافر نـابع من جهات عدیـدهٔ فتثیر التزاحم و التصادم فی الحقوق و الأموال، إمّا طمعاً فی حقوق الآخرین و أموالهم أو جهلًا بالحکم و الوظیفهٔ و اعتقاداً بملکیّهٔ ما لیس یملکه أو بحقّ لیس یستحقّه، فلا مناص من وجود قوهٔ قضائیهٔ و سلطهٔ نافذهٔ فاصـلهٔ للخصومات، محلّهٔ للعُقَد، ببنان العدل و الانصاف و فی ضوء القانون النازل من الله سبحانه و إلی ذلک تشیر الآیات الواردهٔ فی سورهٔ المائدهٔ من الآیهٔ الثانیهٔ و الأربعین إلی الآیهٔ الخمسین.

۳ المفتی و المجتهد

إنّ الإسلام لیس مجرّد أوراد و طقوس جافّهٔ لا تتجاوز عدّهٔ آداب و مراسیم، یُلْقیها القُسُّ «۲» فی الکنائس بل هو ذو تشریع مسهب فیه حیـاهٔ الفرد و المجتمع فی عاجلهمـا و آجلهمـا، یغنیهم عن الاسـتعانهٔ بأیّـهٔ قوّهٔ تشـریعیهٔ أجنبیـهٔ، غربیـهٔ و شـرقیهٔ فی مجـال العبـادات و المعاملات و الأحوال الشخصیهٔ و السیاسات، و القضاء و الشهادات.

إنّ التشـریع الإسـلامی بما یتمتّع من السعهٔ و الاسـهاب، یعدُّ من معاجز النبی الأکرم، و آیهُ صلته بقدرهٔ غیر متناهیهٔ، استطاع علی إغناء المجتمع عن أیّ نظام

---

(۱) علل الشرائع: ۲۵۳. و للحدیث ذیل فمن أراد التفصیل فلیرجع إلیه.

(۲) القس: کفلس، رئیس رؤساء النصاری فی الدین و العلم، و کذلک القسیس.

تشریعی فی کلّ ما یمت إلی الحیاهٔ الفردیّهٔ الاجتماعیهٔ و السیاسیهٔ و الخُلقیهٔ و البیئیّهٔ بصلهٔ.

إنّ هـذه الأرکان الثلاثـهٔ قـد تجتمع فی شـخص واحـد کما فی الرسول الأکرم و أوصـیائه و قد لا تجتمع کلها فی شـخص لضـرورات اجتماعیهٔ توجب تقسیم الوظائف و المناصب، و مثل هذا لا یعنی فصل الدین عن السیاسهٔ.

و یکفی فی أهمیّـهٔ مقام القضاء أنّه سـبحانه اختار أنبیاءه للقیام به و قد خاطب نبیّه داود بقوله: (یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَهًٔ فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوی فَیُضِلَّکَ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ) (ص/ ۲۶).

و قـال مخاطباً نبیه (وَ إِنْ حَکَمْتَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِـطِینَ) (المائـدهٔ/ ۴۲) و قال سـبحانه: (وَ أَنْزَلْنا إِلَیْکَ الْکِتابَ بِالْحَقِّ مُصَـدِّقاً لِما بَیْنَ یَدَیْهِ مِنَ الْکِتابِ وَ مُهَیْمِناً عَلَیْهِ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمّا جاءَکَ مِنَ الْحَقِّ) (المائدهٔ/ ۴۸) و قال سبحانه: (وَ أَنِ احْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ وَ احْذَرْهُمْ أَنْ یَفْتِنُوکَ عَنْ بَعْضِ ما أَنْزَلَ اللّهُ إِلَیْکَ) (المائدهٔ/ ۴۹)

و لیس المراد مـن الحکم فی الآیـات هـو الحکم فیمـا یرجع إلی الأُصول و العقائـد، بـل المراد هـو الحکم فی مجـال الفروع و ذلک بوجهین:

۱-- قوله سبحانه: (وَ کَیْفَ یُحَکِّمُونَکَ وَ عِنْدَهُمُ التَّوْراهُٔ فِیها حُکْمُ اللّهِ ثُمَّ یَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذلِکَ وَ ما أُولئِکَ بِالْمُؤْمِنِینَ) (المائدهٔ/ ۴۳) فإنّه بحکم قوله: «یحکّمونک و عندهم التوراهٔ فیها حکم اللّه» صریح فی کون مجال الحکم هو الفروع.

۲- مـا روی فی شـأن نزول الآیات عن الإمام الباقر علیه السـلام و جماعـهٔ من المفسّـرین: إنّ امرأهٔ من خیبر ذات شـرف بینهم زنت مع رجل من أشرافهم و هما محصنان فکرهوا رجمهما فأرسلوا إلی یهود المدینهٔ و کتبوا إلیهم أن یسألوا النبی عن ذلک طمعاً

فی أن یأتی لهم برخصة .... «۱»

و الآیـات و إن کـان خطاباً للنبی الأکرم، لکنّه من قبیل: «إیاک أعنی و اسـمعی یا جارة» فهی تـدلّ بوضوح علی أنّ القاضـی فی مظنّة اتّباع الهوی، معرضاً عن الحقّ، و أنّ المترافعین ربّما یفتنونه عن القضاء بما أنزل الله و علیه فلا یتصـدّی لذلک المقام إلّا من امتحن الله قلبه، للتقوی، و امتلأ جوانحه بالخوف و الخشیة.

و یکفی من السنّة، ما روی أنّ لسان القاضی بین جمرتین من نار «۲» حتّی یقضی بین الناس فإمّا إلی الجنة و إمّا إلی النار. «۳»

و روی المفید مرسلًا عن النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: فإنّ من جعل قاضیاً فقد ذبح بغیر سکین. «۴»

إلی غیر ذلک من الآیات و الروایات النّاصة علی خطورة الموقف و عظمة المسئولیة للقاضی.

الأمر الثانی: القضاء لغة و اصطلاحاً

اشارة

ذکر اللغویون للقضـاء معانی مختلفـة، ففی القاموس: القضاء: الحکم، و الصـنع و الحتم، و البیان، و قضـی: مات، و قضـی علیه: قتله، و قضی وطرَه: أتمّه و أدامه، و قضی علیه عهداً: أوصاه و أنفذه، و قضی إلیه: أنهاه، قضی غریمه دینَه: أدّاه.

و لکن الظاهر أنّ الجمیع من طوارئ المعنی الواحد، الذی نصّ علیه ابن

---

(۱) الطبرسی: مجمع البیان ۲/ ۱۹۳ ط صیدا.

(۲) الجمرة: النار المتقدة.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۳.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲

فارس فی مقاییسه الـذی ألّفه لبیان أُصول معانی الألفاظ و جـذورها و قال: له أصل صـحیح یدلّ علی إحکام أمر و إتقانه و إنفاذه قال سبحانه: (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِی یَوْمَیْنِ) «۱» أی: احکم خلقهنّ، و القضـاء: الحکم، قـال سبحانه: (فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ) «۲» أی: اصنع و احکم، وسمی القاضی قاضیاً لأنّه یحکم الأحکام و ینفذها، و سمّیت المنیّة قضاء، لأنّه أمر ینفذ فی بنی آدم و غیره فی الخلق. «۳»

فکـل فعـل یصـدر عن فـاعله بإحکـام و إتقـان، و تنفیـذ، فهو قضـاء و الموارد المـذکورة فی عبارة القاموس من مصادیق هـذا المعنی الواحـد. و إن شـئت قلت: المادّة وضـعت للفعل، الصادر عن الفاعل بإتقان و استحکام و أمّا خصوصـیّة الفعل من الصـنع، و الحکم و الموت، و الأـداء، و قضـاء الحاجـة فإنّمـا تعلم من القرائن و المتعلّقـات فـإذا تعلّق بالسـماوات، یکون قرینـة علی أنّ الصادر بإتقان، هو الخلق، و إذا تعلق بالـدّین، یکون دلیلًا علی أنّ الصادر، الأداء، و إذا تعلّق بحکم تشـریعی، یکون المراد هو الحکم مثل قوله: (وَ قَضَی رَبُّکَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِیَّاهُ) (الاسراء/ ۱۱۷)

تعاریف أربعة للقضاء

هذا کلّه حول معنی القضاء لغة و أمّا اصطلاحاً فقد عرّف بوجوه:

۱- عرّفه الشهید بقوله: «ولایة شرعیة علی الحکم فی المصالح العامّة من قبل الإمام». «۴»

۲- عرّفه الشهيد الثانى بقوله: «ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعيّة على أشخاص معيّنة من البرية بإثبات الحقوق

(۱) فصلت: ۱۲.

(۲) طه: ۷۲.

(۳) ابن فارس: المقاييس، مادة «قضاء».

(۴) الشهيد: الدروس: ۱۶۸.

و استيفائها للمستحق». «۱»

و الأوّل أعمّ من الثانى، لعدم شمول الأخير، لمثل إثبات الهلال، لأنّه ليس من قبيل إثبات الحقوق و استيفاؤها للمستحق.

و يرد على التعريفين أمران:

أ إنّ الولاية ليست نفس القضاء و إنّما هى المصحّحة له، لأنّ نفوذ الفصل بين المتخاصمين يتوقّف على كون القاضى ذا ولاية تجعل حكمه نافذاً فى حقّ المولّى عليه، أشبه بنفوذ تصرّف الأب و الجدّ فى حقّ الصغير، فتكون الولاية من مؤهلات القضاء و مصححاته، لا نفسه.

و ما ربّما يقال إنّ الغرض من ذكر الولاية بيان أنّ القضاء الصحيح من المراتب و المناصب كالإمارة و هو غصن من شجرة الرئاسة العامّة للنبى «۲» غير تام لأنّه صحيح ثبوتاً و لا يكون مصحّحاً لأخذها فى التعريف المبين لماهيّة القضاء.

ب إنّ التعريفين لاـ يشملان قضاء النبى و الإمام، لتقييد الولاية فى الأوّل بكونها من قبل الإمام، و بمن له أهليّة الفتوى فى الثانى، و النبىّ ليس بمفت و كذا الإمام، و كون الولاية شاملة لما يكون من قبل الله، و إن كان يدخل فيها قضاء الإمام فيهما، لكن تقييدها بكونها من قبل الإمام فى التعريف الأوّل و بمن له أهليّة الفتوى فى التعريف الثانى، يخرج قضاء النبى و الإمام عن التعريف.

إلّا أن يقال: المقصود هو تعريف القضاء الرائج و هو قضاء غير النبى و الإمام.

۳- القضاء: فصل الأمر قولًا أو فعلًا. «۳»

(۱) المسالك: ۲/ ۳۸۸، الطبعة الحجرية عام ۱۲۶۸.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۹.

(۳) كشف اللثام، و فيه: فصل الأمر مكان الخصومة.

يلاحظ عليه مع عدم شموله لمثل الحكم فى مورد الهلال و النسب و النكاح إذا لم يكن مورداً للخصومة بل كان الأمر مبهماً تمام الإبهام للطرفين: أنّ فصل الخصومة ليس نفس القضاء بل من آثاره أولًا و أنّ للقاضى شئوناً وراء الفصل. كإجراء الحدود و التعزيرات، و إصدار القرار الذى هو حكم مؤقّت حتى يستمرّ التحقيق و يتميّز المحقّ عن المبطل و يصدر الحكم النهائى ثانياً، الّا أن يقال إنّ إجراء الحدود بعد ثبوته وظيفة شرعيّة و ليس من شئون القضاء.

۴- القضاء: هو الحكم بين الناس. «۱»

و هو أحسن التعاريف و يكمل بإضافة ما يعدّ من شئون القاضى سواء كان غاية للحكم، كإثبات حقّ أو نفيه أو إجراء الحدود و التعزيرات، أو لغرض مصالح المسلمين كالحكم بالهلال و النسب، أو مقدّمة له كالحكم على تعقيب المجرم، و جلبه إلى المحاكم، و

توقیف الأموال، أو الحکم بجمع القرائن و الشواهد.

ثمّ إنّ الفرق بین الفتوی و حکم القاضی واضح و هو أنّ الفتوی إخبار عن الحکم الکلی و لیس لها أثر إلّا تنجّز الواقع، و أمّا القضاء فهو إنشاء حکم جزئی مطابق للحکم الکلی الصادر من الله.

و إن شئت قلت: إنّه حکم جزئی فی مورد شخصیّ و یفترق عن حکم الحاکم باشتراط سبق النزاع فی القضاء دون حکم الحاکم فی الأمور العامّة.

و الحکم الصادر من القاضی له أحکام مثل عدم جواز نقضه إلّا فی موارد جزئیة، و یجب علی الآخرین تنفیذ حکمه و إن خالف اجتهاده ما لم یخالف دلیلًا قطعیاً، و عدم ضمانه إذا لم یکن مقصّراً، و کون الضرر علی بیت المال، و له ولایة علی کل مولّی علیه إذا لم یکن له ولیّ إلی غیر ذلک من الشئون.

***

(۱) الروضة ۳/ ۱۶۱.

الأمر الثالث: القضاء منصب یتقوّم بالولایة

اشارة

القاضی فی کلمات فقهائنا علی أقسام ثلاثة:

۱- القاضی المنصوب من قبل النبی و الإمام فی زمان الحضور.

۲- قاضی التحکیم و هو ما یتراضی المترافعان علی قضائه و حکمه إذا کان عارفاً بالأحکام.

۳- القاضی المأذون بالإذن العام فی زمان الغیبة کما هو الحال بالنسبة إلی الفقهاء فی زمان الحضور و الغیبة حیث أمر المعصوم بالرجوع إلیهم، صیانة لهم عن الرجوع إلی حکّام الجور و فقهائهم حسب ما ورد فی مقبولة عمر بن حنظلة. «۱»

لا شکّ أنّ القضاء فی القسم الأوّل منصب إلهی، لا یتمتّع به الإنسان إلّا فی ظلّ التنصیب و التعیین و هو یلازم الولایة فیما عُیِّنَ له و یکون القضاء عندئذ غصناً من دوحة الرئاسة العامّة الثابتة للنبی و الأئمّة کما أنّه فی القسم الثانی لیس منصباً و لیس للمتصدّی ولایة لما یلی، لکن لمّا رضی المترافعان بقضائه و تعهّدا علی تطبیق العمل علی حکمه، صار قضاؤه نافذاً.

إنّما الکلام فی القسم الثالث أی القاضی المأذون فهل القضاء فیه منصب و ولایة علی المولّی علیهم، أو هو أشبه بقاضی التحکیم؟ المشهور، هو الأوّل و صار البعض إلی القول الثانی.

استدل للثانی بأنّ لسان أدلّة القاضی المأذون، أشبه بلسان قاضی التحکیم حیث ورد فی المقبولة قوله: «انظروا إلی من کان منکم قد روی حدیثنا، و نظر فی حلالنا و حرامنا، و عرف أحکامنا فارضوا به حکماً» «۲» فأمرهم بالتراضی بحکم

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

ذلک القاضی کما هو شأن قاضی التحکیم، و مثله خبر أبی خدیجة حیث قال: «انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه

بينكم فإنّى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» «۱» فإنّ قوله: «فاجعلوه بينكم» أى اختاروه لأن يحكم بينكم و لا يخرج هذا عن شأن قاضى التحكيم و على ضوء ذلك فماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً و أن يكون فيه ولاية بشهادة صدقه على القسم الثانى و لا نصب فيه و لا ولاية و القاضى المأذون أشبه به، نعم يصدق قولهم فى القاضى المنصوب بأنّ فيه ولاية، و لكن ذلك ليس باعتبار القضاء بل باعتبار النصب، و هو لا يختصّ بالقاضى، بل كل من له صلة بالدولة و يكون منصوباً مِنْ قِبَلِها و يكون له ولاية على العمل الذى عيِّن لأجله.

يلاحظ عليه:

أوّلًا: أنّه إذا كان القاضى المأذون فى زمان الغيبة أشبه بقاضى التحكيم، بشهادة وحدة اللسان، فلما ذا عقّبه الإمام بقوله: «قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». فإنّ الجعل فيه بمعنى النصب، فيكون أشبه بالقاضى المنصوب، غاية الأمر، أنّ الثانى منصوب بشخصه و عينه و هذا منصوب بوصفه و رسمه.

و ثانياً: أنّ الاستدلال على أنّ ماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً و أن تكون فيه ولاية، بقاضى التحكيم، فإنّه فاقد للمنصب و الولاية مع كونه قاضياً، غير تام.

لأنّ القضاء الحقيقى، هو القضاء المؤيد بالقوّة و القدرة مادّية كانت أم معنوية كما هو الحال فى قضاء النبى و الإمام و الفقهاء عند عدم بسط اليد، و أمّا الفاقد لها كقاضى التحكيم، فإنّه أشبه بحلّ العقدة بالرجوع إلى القرعة، أو المصالحة، أو قانون العدل و الانصاف أو ما أشبه ذلك كما كان الحال عند اختلاف

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۷

قريش فى من يتولّى وضع الحجر الأسود فى مكانه، عند ما عمدوا إلى بناء الكعبة من جديد، فرضوا أن يكون أوّل من يدخل من باب المسجد قاضياً بينهم، فكان أوّل من دخل من قريش محمّد الأمين صلَّى الله عليه و آله و سلَّم فلمّا رأوه قالوا: هذا الأمين، رضينا، فقال صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «هلمّوا إلىّ ثوباً» فأخذ الحجر و وضعه فيه ثمّ قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب ثمّ ارفعوه جميعاً ... «۱»

و على هذا الاحتمال ليس قاضى التحكيم من مصاديق القضاء، و إنّما هو محاولة من المترافعين لحلّ الخلاف.

و إن أبيت إلّا عن كونه من مصاديقه فنقول إنّ قاضى التحكيم يتمتّع بالنصب و الولاية، أمّا الأوّل فمن جانب المترافعين، و أمّا الولاية فرضاهما على التصرّف فى مورد القضاء تصرفاً محدوداً، و قد سلم القائل انّ النصب يلازم الولاية.

و الحاصل: أنّ قاضى التحكيم لا يخلو عن نصب مؤقّت من جانب المترافعين، و ولاية معطاة من ناحيتهما.

دليل القول المشهور

يمكن الاستدلال على مختار المشهور بوجهين:

الأوّل: إنّ القضاء يتوقّف على النصب و هو دليل الولاية

توضيحه: الأصل المسلّم عدم نفوذ حكم أحد، على أحد، إلّا حكمه سبحانه فلو قلنا بنفوذ رأى قاض فى مورد، فلا بدّ أن يكون داخلًا فى المستثنى بنحو من الأنحاء و يكون حكمه، حكمه و لا يتحقق ذلك إلّا بالنصب من جانبه سبحانه إمّا بالاسم و الشخص كما فى القاضى المنصوب، أو بالوصف و الخصوصية كما فى القاضى المأذون و لو لا النصب بوجه من الوجوه، لا يدخل تحت المستثنى.

ثمّ إنّ النصب لا ينفكّ عن الولاية إلّا إذا كان النصب صورياً كما هو الحال

---

(۱) ابن هشام، السیرة النبویة: ۱۲/ ۱۹۹۱۹۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۸

فی مورد شریح. «۱» فإذا کان النصب جدّیاً، لغایة نفوذ رأیه و قضائه فهذا عبارة أُخری عن وجود الولایة له فیما یتولّاه، و لولاها، لما کان لنفوذ قضائه وجه.

و الحاصل: أنّه لو لا النصب، لما دخل فی المستثنی، و هو آیة الولایة و أنّه لولاها فیما یتولّاه لما کان لنفوذ رأیه وجه، إذ یکون مثل الأجنبی لا صلة له بمورد القضاء.

حتی لو قطعنا النظر عن کون القضاء قائماً بالنصب، قلنا بولایته مع قطع النظر عنه، و ذلک بالإمعان فی ماهیة القضاء و آثاره، فإنّ القضاء لا ینفکّ عن التصرّف فی الأنفس و الأعراض و الأموال و الحقوق، و کیف یصحّ التصرف فیها بلا ولایة له؟

الثانی: إنّ الإمعان فی الآیات و الروایات یعطی أنّ القضاء حسب الطبع الأوّلی أمر یتوقف علی المنصب فمن الآیات قوله سبحانه: (یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ۲۶) حیث رتّب الحکم، علی جعله خلیفة فیها و هو المنصب و من الروایات قول أمیر المؤمنین علیه السلام لشریح: یا شریح قد جلست مجلساً لا یجلسه إلّا نبیّ أو وصیّ نبیّ أو شقیّ» «۲» أی مجلس القضاء مجلس من نصبه الله سبحانه للقضاء مثل النبی داود علیه السلام أو وصیه الذی هو أیضاً منصوب من جانبه سبحانه بالواسطة، و قول أبی عبد الله علیه السلام لسلیمان بن خالد: «اتقوا الحکومة فانّ الحکومة إنّما هی للإمام، العالم بالقضاء، العادل فی المسلمین لنبی (کنبیّ) أو وصیّ نبیّ»، و التقریب کما سبق. ۳

کلام المحقق الآشتیانی

قال قدّس سرّه فی وجه دلالة الآیة علی کون القضاء منصباً بأنّه سبحانه عزّ و جلّ

---

(۱) حیث اشترط الإمام علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه (الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲- ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۹

فرّع جواز الحکومة علی کونه خلیفة أی منصوباً من الله، فینتفی بانتفائها. ثمّ أورد علیه بوجوه:

۱- إنّ المتفرّع علی الخلافة وجوب الحکم لا جوازه، فلا یدلّ علی انتفاء الجواز لغیر الخلیفة.

۲- إنّ المتفرّع علی الخلافة وجوب الحکم بالحقّ أعنی القید فیکون المتفرع وجوب الحکومة باعتبار القید فلا دلالة للآیة علی أصل وجوبها علی الخلیفة لکونها واردة فی مقام بیان آخر.

۳- نعم لو قلنا بأنّ الأصل فی الحکم، الحرمة و الآیة وردت لرفع الحظر فی حقّ الخلیفة تدلّ علی بقاء الحظر فی حقّ غیر الخلیفة.

یلاحظ علیه «۱»: أنّ المتبادر من الاحتمالات هو المعنی الأوّل، و أمّا ما أورد علیه، من أنّ المعلّق علی الخلافة، القضاء الواجب، دون المستحب و غیره فغیر ظاهر لأنّ أمر القضاء یدور بین الواجب و المحظور، و أمّا الأقسام الأُخر، فلا تتصور فیه، لکونه واجباً کفائیاً حسب ما یأتی. و معه کیف یمکن أن یکون حسب الطبع راجحاً أو مباحاً أو مرجوحاً؟ و أمّا کونه مستحباً حسب الطوارئ فهو خارج عن موضوع البحث، و علیه ینتج أنّ القضاء الجائز مقابل المحظور لا ینفکّ عن کونه متفرّعاً علی جعل الخلافة له.

و أمّا الاحتمال الثانی أعنی کون المتفرع هو القید دون المقیّد مع القید، فهو کما تری فإنّ التفکیک لا یصار إلیه بلا دلیل.

و أمّا الثالث فهو فرع وجود فکرة الحظر فی أذهان الصحابة حین نزول الآیة، حتّی تکون رادعة لذلک الوهم أو الحظر المحقق. و إن کانت دلالتها علی

(۱) القضـاء/ ۳، ترى ذلـك الإشـكال بشـقوقه الثلاثـة فى القضـاء للمحقق الرشتى ص ۲۷، و لعلّ العلمين أخـذاه عن اسـتاذهما الشـيخ الأنصارى رحمه الله.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۰

المطلوب تامّة على هذا الوجه، لكن المفروض غير واضح.

***

الأمر الرابع: القضاء فى زمان الغيبة ربّما يتوقف على النصب

إذا كان القضاء من المناصب، و متوقفاً على النصب المستلزم للولايـة، فهل تكفى الإجازات العامّـة الواردة فى المقبولة و غيرها و عليه يكون كـل فقيه جـامع للشـرائط، قاضـياً منصوبـاً بالنصب العام، أو يتوقف على النصب إذا كان فى قمّـة الحكومـة فقيه مؤثر فى شـئون الحكومة و صلاح الأُمّة.

الظـاهر هو الثـانى، لأنّ القـدر المتيقّن من الإجازات العامـة هو الظروف التى يكون زمام السـلطة بيـد الطغاة و الظالمين، فعندئـذ يكون الملجأ للشـيعة المؤمنين هو الفقيه الجامع للشـرائط، و أمّا إذا تبدّلت الظروف و قامت الثورة الإسلامية و كان فى قمّة الحكومة، فقيه ذو شئون مشـرف على الأمور، فاللازم هو عدم تصدّى الفقيه، القضاء إلّا بنصبه و إجازته و ذلك لا لقصور فى المقتضى، بل لأجل إيصاد باب الفوضى فى وجه المجتمع، لئلا يحصل الاصطكاك، و يدبَّ الفساد.

نعم لا يتم الاسـتدلال على لزوم النصب فى تلك الظروف «بقياس القضاء على سائر المناصب للولاة و العمّال فكما أنّ قيادة الجيش، و الولايـة للمدينـة، و المديريـة لـدائرة خاصّـة تتوقف على النصب و لاـ تكفى الإجـازات العامّـة فهكـذا القضـاء». و ذلك، لعـدم وجود الإجازات العامّة فى منصب سوى القضاء، ففيه المقتضـى تام غير أنّه مقرون بالمانع، بخلاف سائر المناصب، فالمقتضى فيه غير موجود حتى يبحث عن وجود المانع.

***

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱

الأمر الخامس: فى أنّ القضاء واجب كفائى

اشارة

إنّ الحيـاة الاجتماعيـة للإنسـان، لاـ تخلو عن تنازع فى الأملاك و الحقوق، و الأعراض و النفوس، و هـذا ما فرض على العقلاء إرساء عماد القضاء فى البلاد، و قد صرّح لفيف من الفقهاء بكونه واجباً كفائياً.

۱- قال المحقق: تولّى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربّما وجب و وجوبه على الكفاية.

۲- قال العلّامة فى القواعد: و تجب (تولية القضاء) على الكفاية. «۱»

۳- و قال فى التحرير: إنّ القضاء من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقين و إن أخلّوا به أجمع، استحقُّوا بأسرهم العقاب لما فيه من القيام بنظام العالم و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الانتصاف للمظلوم قال رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: إنّ الله لا يقدّس أُمّة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه. «۲»

۴- و قال الأردبيلى فى شرح قول العلامة فى الإرشاد: «القضاء واجب على الكفاية»: دليل وجوب قبول الولاية من الإمام حال حضوره،

إن لم یفهم وجوبه منه حینئذ بخصوصه، و وجوب الحکم و ارتکابه حال الغیبة مع عدم المانع کفایة، کأنّه الإجماع و الاعتبار من وجوب ردّ الظالم عن ظلمه، و انتصاف المظلوم منه، و دفع المفاسد و غلبة بعضهم علی بعض و إیصال حقوق الناس إلیهم، و إقرار الحقّ مقرّه، بل انتظام النوع و المعیشة، و ذلک دلیل وجوبه للنبی و الإمام «۳».

۵- و قال السید علی فی الریاض: «و هو من فروض الکفایة بلا خلاف أجد

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۵، قسم المتن.

(۲) التحریر: ۲/ ۱۷۹.

(۳) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۹.

فیه بینهم لتوقّف نظام النوع الإنسانی علیه، و لأنّ الظلم من شیم النفوس فلا بدّ من حاکم ینتصف من الظالم للمظلوم و لما یترتّب علیه من النهی عن المنکر، و الأمر بالمعروف. «۱»

۶- و قال فی الجواهر: و ربّما وجب تولّی القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و للقیام منه بالقسط، و لکن یکون وجوبه حینئذ علی الکفایة لعموم الخطابات المعلومة إرادة حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعینه و لو جمیعهم نعم قد یتعیّن فرد للانحصار أو لمصلحة اقتضت تعیین الإمام «۲».

هذه هی الکلمات الواردة فی المقام و قبل الخوض فی تحلیل أدلّتهم، نقول: سیوافیک معنی ما ذکره المحقق من استحباب القضاء لمن یثق من نفسه، فإنّ الاستحباب، حکم طارئ علی القضاء لا صلة له، بحکمه الذاتی من الوجوب الکفائی.

و قد اشیر فی هذه الکلمات إلی وجوه من الأدلّة علی کونه واجباً کفائیاً:

۱ الإجماع

الذی جاء فی کلام المحقق الأردبیلی، و الإجماع مستند إلی الأدلّة الواردة فی کلامهم و مثله لا یعدّ حجّة.

۲ الخطابات العامّة

التی تمسّک بها صاحب الجواهر و لکن لیس من تلک الخطابات فی الکتاب و السنّة أثر و الوارد فی القرآن، خطاب مشروط قال سبحانه: (وَ إِذا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ۵۸) و مثله ما ورد فی سورة المائدة من وصف من لم یحکم بما أنزل الله بالکفر و الظلم و الفسق. (المائدة/ ۴۴، ۴۵، ۴۷).

و لا یستفاد من مثل هذه الآیات وجوب القضاء و إنّما تدلّ علی أنّ الإنسان

(۱) السیّد علی، ریاض المسائل ۲/ ۳۳۰.

(۲) النجفی، الجواهر ۴۰/ ۳۸.

إذا مارس القضاء يجب عليه أن يحكم بالعدل، و أمّا أنّ الحكم واجب فلا تدلّ عليه.

۳ إنّه من فروع القيام بالقسط الذى أمر به سبحانه

، قال سبحانه: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ) (النساء/ ۱۳۵) و قال سبحانه: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ لِلّهِ شُهَداءَ بِالْقِسْطِ) (المائدة/ ۸).

و الاستدلال قابل للمناقشة، إذ فرق بين أن يقول: «أقيموا القسط» و يقول: «قوّامين بالقسط»، فالتعبير الأوّل يجرّ الإنسان إلى قبول القضاء لإقامة القسط، دون الثانى لكن الآيتين تدلان على لزوم كون الإنسان قائماً بالقسط لا مقيماً القسطَ، و صيغة المبالغة تدل على كثرته و وفرته و على ذلك فيكون مرجعهما إلى العمل بالقسط فى مجال الحياة الشخصية فلو كان عنده مال اليتيم مثلًا فلا يمسّه إلّا بالقسط قال سبحانه: (وَ أَنْ تَقُومُوا لِلْيَتامى بِالْقِسْطِ) (النساء/ ۱۲۷) و لو تصدى للقضاء فلا يحكم إلّا بالقسط لقوله: (وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (المائدة/ ۴۲) و لو تصدى للتوزين فيوزن به قال سبحانه: (وَ أَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَ لا تُخْسِرُوا الْمِيزانَ) (الرحمن/ ۹).

و الحاصل فرق بين إقامة القسط و القيام به، و الآيات تدل على الثانى دون الأوّل، و المفيد فى المقام هو الأوّل و لعلّ هذين القسمين من الآيات هو مراد صاحب الجواهر من قوله للعمومات و قد عرفت أنّها قابلة للمناقشة.

۴ كون القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر

، بل هو مصداق له و هذا أيضاً استدل به صاحب الجواهر و هو قابل للمناقشة لأنّ القدر المتيقّن من وجوبه هو ما إذا كان هناك معروف مشهود، و منكر معلوم، فيجب الأمر بالأوّل و الزجر عن الثانى، لاما إذا كان محتملهما كما فى مورد القضاء لأنّ القاضى غير واقف على صحّة دعوى المدّعى، و عدمها فلم يتبين المعروف و لا المنكر عنده.

و أمّا أنّه يجب عليه تبيين المعروف و المنكر بتصدّى القضاء فلا دلالة لأدلّتهما

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴

عليه، و من المعلوم أنّ الحكم لا يثبت الموضوع.

۵ توقف نظام النوع الإنسانى عليه

كما فى عبارة الرياض و الدليل لا يخلو من إبهام.

فإن أُريد بقاء الحياة الإنسانية فى هذا الكوكب، فإنّه لا يتوقّف على القضاء إذ ما زال البشر موجوداً فى الغابات و المناطق البعيدة، و لم يكن عندهم قضاء فكان الحاكم مكان القضاء و منطق العدل، منطق القوّة و الزور.

و إن أُريد النظام الاجتماعى و الحضارة الإنسانية فهو واجب على من بيده القوّة و القدرة، و يجب عليه، نصب القضاء لحفظ النظام فالوجوب يتوجّه إلى أصحاب القدرة و يجب على القاضى قبوله للملازمة بين وجوب النصب و وجوب القبول و إلّا يكون وجوب النصب لغواً و أين هذا من كون القضاء واجباً كفائياً ابتداءً.

و لو قلنا بأنّ مرادهم من الوجوب الكفائى هو هذا النوع من الوجوب، يقيّد وجوبه بما إذا كان ترك القضاء، مستلزماً للإخلال بالنظام

لا مطلقاً، مع أنّ المفروض فی کلامهم کونه واجباً مطلقاً.

و الحاصل: أنّ هذه الأدلّهٔ غیر وافیهٔ لإثبات المقصود، قابلهٔ للمناقشهٔ. و هناک وجوه أُخر ربّما تکون خالیهٔ عن المناقشهٔ، نأتی بها بالعنوان الخاص.

۶ القضاء مبدأ لتطبیق الأحکام

إنّ من رجع إلی الکتاب و السنّهٔ یقف علی أنّ الشارع الأقدس، لا یرضی بتعطیل الأحکام بل الغایهٔ من التشریع، هو تطبیق العمل علیها، من غیر فرق بین الأحکام الفردیهٔ أو الاجتماعیهٔ، فالمطلوب من التشریع هو العمل و هو غایهٔ الخلقهٔ قال سبحانه: (الَّذِی خَلَقَ الْمَوْتَ وَ الْحَیَاةَ لِیَبْلُوَکُمْ أَیُّکُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا) (الملک/ ۲) فإذا کان تطبیق العمل علی الأحکام الشرعیهٔ هو الغایهٔ من التشریع،

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۵

فکیف لا یجب القضاء مع أنّ کثیراً من الأحکام یتجسّد فی ظل القضاء؟ و إلیک بیانه:

إذا کان الإمام المعصوم حاضراً و باسط الید، فیجب علیه نصب القاضی لتلک الغایهٔ و یجب علی المنصوب قبوله إطاعهٔ لأمر الإمام المعصوم. إنّما الکلام إذا کان غائباً، فیجب علی القاضی أیضاً التصدی. و ذلک بالبیان التالی:

۱- إنّ السبب الوثیق لإجراء الأحکام و لو فی مجالات مخصوصهٔ، هو القضاء و الشارع لا یرضی بترکها فی زمان الغیبهٔ و الحضور، فإذا علمنا ذلک، و کان تصدی القضاء من أسباب إجرائها، یجب التصدی و إلّا یلزم حذف الأحکام الإسلامیّهٔ من الساحهٔ و هو مما لا یرضی به الشارع.

فإن قلت: إنّ من المحتمل أن یکون الأحکام الجزائیهٔ مشروطهٔ بحضور الإمام المعصوم، و لولاه، لما جاز العمل بها، فما روی عن أبی جعفر علیه السلام أنّه قال: «حدّ یقام فی الأرض أزکی فیها من مطر أربعین لیلهٔ و أیّامها». «۱» و إن کان یعرب عن لزوم اجراء الحدود لکنّها مخصوصهٔ بزمان الحضور لأنّ اجرائها من شئون الإمام المعصوم، فعلی هذا لا یجب التصدی للقضاء لتلک الغایهٔ.

قلت: مضافاً إلی عدم صحّهٔ ذلک کما أوضحنا حاله فی الحدود، إنّ هذا الاحتمال لو صحّ فإنّما یصح فی الأحکام الجزائیهٔ دون سائر الأحکام مما یتعلّق بالحقوق و الأموال.

۷ القضاء سبب لحفظ الحقوق

إنّ الشارع حرّم المراجعهٔ إلی محاکم الجور، و أرجع الشیعهٔ إلی الفقهاء فإذا جاز لهم الرجوع إلی الفقیه لأجل القضاء وجب علیه التصدی، و إلّا لزم تفویت الحقوق علی المؤمن و هو قبیح، إذ کیف یصحّ للشارع أن یترک القضاء فی هذه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۶

الظروف، مع إمکان إحیاء الحقوق و لو بالرجوع إلی الفقیه، و هو القائل لن تقدّس أُمّهٔ لا یؤخذ للضعیف فیها حقّه من القوی «۱».

۸ إقامهٔ العدل من وظائف الفقیه المقتدر.

إذا كان الفقيه فى البلـد ذا قوة و قدرة تجب عليه إقامة الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، عن غير طريق البيان و اللسان، فإنّ الإرشاد بهما، وظيفة من لا ـ يملك العدة و العدد، كما فى رواية مسعدة بن صدقة عن أبى عبد الله عليه السلام يقول: و سئل عن الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر أ واجب هو على الأُمة جميعاً؟ فقال: «لا ـ فقيل له: و لم؟ قال: «إنّما هو على القوىّ المطاع، العالم بالمعروف من المنكر، لا على الضعيف الذى لا يهتدى سبلًا ...». «۲»

و من وظائف القوىّ المطاع ردّ المظالم، و الانتصاف من الأعداء كما عن أبى جعفر قال: «إنّ الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فريضة عظيمة بها تقام الفرائض، و تأمن المذاهب و تحلّ المكاسب و تردّ المظالم و تعمر الأرض، و ينتصف من الأعداء و يستقيم الأمر». «۳»

إنّ وظيفة القوىّ المطاع فوق الفرد العادى، فلا يصحّ له أن يعتذر بما أوردناه على الاستدلال بأدلّة الأمر بالمعروف من عدم العلم التفصيلى بالمعروف قبل التصدّى إذ العلم الإجمالى فى حقّه منجّز و العلم القطعى حاصل للقوىّ المطاع بأنّ هناك حقوقاً مهضومة و أموالًا مغصوبة و دماء مسفوكة بغير الحقّ، فتجب عليه معالجتها بعد التبيين، و مفتاحه ممارسة القضاء، فيجب عليه القيام به.

و من أراد أن يستدل على وجوب القضاء بأدلة الأمر بالمعروف فعليه التقرير

---

(۱) نهج البلاغة، الرسائل/ ۵۳؛ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۱۲ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۲ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۱.

(۳) الوسائل الجزء ۱۱، الباب ۱ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۷

بهذا النحو الذى عرفت.

الأمر السادس: استحباب تولّى القضاء لمن يثق من نفسه

اشارة

يظهر من غير واحد من الأكابر استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه و المقصود استحبابه العينى، مع وجوبه الكفائى و إليك بعض الكلمات:

۱- قال المحقق: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. «۱»

۲- قال العلّامة فى القواعد: و يستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الأعيان. «۲»

۳- قال الشهيد الثانى: و فى استحبابه مع التعدد عيناً (مع كونه واجباً كفائياً) قولان أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به. «۳»

۴- و قال أيضاً فى شرح قول المحقّق: «تولى القضاء مستحب ...»: فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبة حيث لا يتوقّف على إذن خاصّ إلى أن قال: و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامّة فحكم بكراهته نظراً إلى الأحاديث المحذِّرة عنه و من ثمّ امتنع جماعة من أكابر التابعين و غيرهم. «۴»

۵- و قال الفاضل الهندى: و يستحب التولية على الأعيان إلّا من وجبت عليه عيناً لأنّه أمر مرغوب عقلًا و شرعاً «۵».

---

(۱) الشرائع: ۴/ ۸۶۱.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۵ قسم المتن.

(۳) الروضة البهیة: ۳/ ۶۲.

(۴) المسالک: ۲/ ۳۹۰ و فی هامش المطبوع عن المیرزا محمد الشیروانی: هنا احتمال ثالث هو قبول من کلّفه الإمام علی سبیل التخییر.

(۵) کشف اللثام: ۲/ ۱۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۸

۶ و قال العاملی: و قد أجمعت الأُمّة کما فی المبسوط (ما عدا أبا قلابة لأنّه کان یحتمل أنّه غیر فقیه) علی أنّه طاعة و مرغوب عقلًا و نقلًا و الاستحباب العینی لا- ینافی الوجوب الکفائی فلا ریب فی رجحانه علی الاکتساب بالمباح و فی الوسیلة: قسّمه إلی واجب و مکروه و مندوب و محظور «۱» إلی غیر ذلک من الکلمات.

أقول:

یقع الکلام فی مقامین:

اشارة

الأوّل: ما هو الدلیل علی استحبابه؟

الثانی: ما هو الموضوع للاستحباب و کیف یجتمع الاستحباب العینی مع الوجوب الکفائی؟

أمّا الأوّل [ما هو الدلیل علی استحبابه؟]

فالقول باستحبابه إنّما هو فیما إذا کان القاضی متعدداً کما عرفت من الشهید فی الروضة، فیقع الکلام فی استحبابه عیناً، مع کونه واجباً کفائیاً و أمّا إذا اتحد یکون واجباً عینیاً و معه لا ملاک للاستحباب. و أمّا الدلیل علی الاستحباب فهناک وجوه مذکورة فی کلمات القوم نشیر إلیها:

۱- الإجماع الوارد فی کلام الشیخ فی المبسوط «۲» الذی نقله فی مفتاح الکرامة، و لکن الظاهر أنّ معقده، هو کونه القضاء طاعة، و أمراً مرغوباً عقلًا و نقلًا فی مقابل ما نقل عن بعض أهل السنّة من الکراهة للأحادیث الذامة، و هو غیر کونه مستحباً، إذ یکفی فی کونه طاعة و أمراً مرغوباً، کونه واجباً کفائیاً، و لا یتوقّف علی کونه مستحباً وراء وجوبه الکفائی.

---

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۵.

(۲) قال الشیخ فی المبسوط: القضاء جائز بین المسلمین و ربّما کان واجباً فإن لم یکن واجباً کان مستحباً ... إلی أن قال: و علیه إجماع الأمة إلّا أبا قلابة فإنّه طلب القضاء فلحق بالشام و أقام زماناً ثمّ جاء ... إلی أن قال: إنّ أبا قلابة رجل من التابعین لا یقدح خلافه فی إجماع الصحابة (المبسوط ۸/ ۸۲)، و الإمعان فی العبارة یعطی أنّ معقد الإجماع هو جواز القضاء أو وجوبه الکفائی لا استحبابه، و لأجل ذلک یقول، لا یعبأ بخلاف أبی قلابة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۹

۲ عظم الفوائد المترتّبة علیه، المعلوم رجحانها عقلًا و نقلًا. «۱» و هو موافق لما نقلناه عن کشف اللثام.

يلاحظ عليه: بأنّها لا تلازم الاستحباب العينى، بل يكفى كونه واجباً كفائياً، فلأجل هذه الفوائد المترتبة، ما أهمله الشارع بل أوجبه عيناً فيما إذا لم يكن هناك إلّا قاض واحد، و كفائيّاً فيما إذا تعدد.

و لو أُريد من الفوائد العظيمة ترتّب الأجر، و هو أيضاً لا تلازم الاستحباب لكفاية الوجوب الكفائى فى ترتّبه إذا كان هناك إخلاص.

۳- عمومات باب القضاء، و لكنّها مثل الأجر لا تلازم الاستحباب.

و بالجملة لم نجد دليلًا صالحاً للاستحباب مع التحفظ على كونه واجباً كفائياً هذا كلّه حول المقام الأوّل.

الثانى: ما هو الموضوع للاستحباب على فرض ثبوته؟

هناك احتمالات:

۱-- كون تولّى القضاء مستحباً و هو الظاهر من المحقّق و العلّامة، و الشهيد فى الروضة و الفاضل فى كشف اللثام.

۲-- طلبه من الإمام إذا لم يأمره كما فى المسالك.

۳-- قبول من كلّفه الإمام على سبيل التخيير كما من الشيروانى فى هامش المسالك.

۴-- استحباب المبادرة و التسابق ليتقدّم إليه على الغير كما صرح الفقيه الطباطبائى فى ملحقات العروة «۲» و لنأخذ كل واحد بالبحث.

أمّا الأوّل فهو المتبادر من كلماتهم إلّا من صرّح بالخلاف لكنّه يستلزم اجتماع الوجوب و الاستحباب فى شىء واحد.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۳۷ و قد تبع فى ذلك كشف اللثام فلاحظ.

(۲) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة: ۲/ ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۰

و ما ذكره فى المفتاح «۱» و الرياض «۲» من أنّ الاستحباب العينى لا ينافى الوجوب الكفائى غير تام لأنّ مفاد الأوّل جواز ترك المتعلّق مطلقاً، سواء قام به الآخرون أو لا و لكن مفاد الثانى، جواز تركه إذا قام به الآخرون و ربّما يتصور إمكان الجمع من باب تجويز اجتماع الأمر و النهى فى شىء واحد، بسبب عنوانين، و لكنّه غير مفيد فى المقام. لأنّ البحث هناك فيما إذا كان بين العنوانين عموم و خصوص من وجه لا مثل المقام فإنّ النسبة بين القضاء، و قضاء من يثق من نفسه عموم و خصوص مطلق، و من قال بجواز الجمع فإنّما قال به فيما إذا كان بين العنوانين عموم من وجه، لا عموم مطلق.

فلا محيص من حمل الأمر الاستحبابى على فرض ثبوته على الإرشاد إلى أفضل الأفراد كما فى الأمر بإقامة الصلاة جماعة أو فى المسجد، و عندئذ يخرج الأمر عن كونه مولويّاً و هو خلاف المفروض.

و أمّا الثانى، فإنّ الطلب يكون مقدّمة للقضاء و مع فرض كونه واجباً كفائياً، تكون مقدّمته كذلك، لا مستحباً نفسيّاً إلّا إذا كانت المقدّمة بوصف كونها مستحبّة مقدّمة كما فى الطهارات الثلاث، و ليس المقام كذلك. و ذلك لوجود ملاك الاستحباب النفسى فى الطهارات لأجل أنّ لها شأناً وراء المقدميّة لكونها نوراً فى حدّ نفسها فالكون على الطهارة مستحبّ فى ذاته و لا مانع من أن تقع بهذا الوصف مقدّمة للصلاة، بخلاف الطلب، إذ ليس له شأن وراء المقدميّة للقضاء و ليس نفس الطلب بما هو هو مطلوباً سواء انجرّ إلى التصدى أم لا فتدبّر.

و منه يظهر حال الثالث أى قبوله من الإمام عليه السلام إذا أمر بالتخيير فإنّ حال القبول لا يزيد على الطلب، و كلاهما مقدّمتان للقضاء فيكون حكمه حكمه.

---

(۱) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۵.

(۲) الرياض: ۲/ ۳۳۳.

و أمّا الرابع الذی احتمله السید الطباطبائی، فقد أشكل عليه هو نفسه بأنّه كيف يُعْقل استحباب المبادرة من كل أحد عيناً، مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار بل لا يتصوّر استحباب مثله عيناً و إن لم يكن وجوب. «۱»

اقول: ما ذكره قدّس سرّه أظهر الوجوه و لا يرد عليه ما أوردناه على الوجه الثانی و الثالث و ذلك لأنّ الواجب الكفائی هو أصل القضاء، و قبوله أو طلبه مقدّمة، و هی أيضاً واجبة مثله، بخلاف المبادرة و الاستباق إلى القبول فهو ليس مقدمة بل هو مستحبّ مثل قوله سبحانه (فَاسْتَبِقُوا الْخَيْراتِ*) (المائدة/ ۴۸) فالإتيان بالخير واجب، و مقدّمته مثله، لكن المبادرة اليه مستحب.

و ما أورده قدّس سرّه على هذا الوجه و هو أنّه كيف يعقل استحباب المبادرة من كلّ أحد عيناً مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار ... غير تامّ إذ لو صحّ لتوجّه على جميع الواجبات الكفائيّة، لأنّه كيف يطلب الفعل الواحد من الجميع مع عدم إمكان قيام الجميع به؟ و الحلّ فی جميع الموارد واحد و على ضوء ذلك فالاستباق مطلوب من الجميع لكنّه لو بادر أحد قبل الجميع سقط عن الباقين.

و فی الختام نقول: إنّ الاختلاف فی موضوع الاستحباب، دليل واضح على عدم وجود دليل صالح على أصل الاستحباب، إذ لو كان، لكان الموضوع متبيّناً.

تمّ الكلام فی المقدّمات، و لندخل فی النظر الأوّل من النظرات الأربع.

---

(۱) السيد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۴.

النظر الأوّل فی صفات القاضی

اشارة

قد عرفت أنّ المحاور الأصليّة فی القضاء ثلاثة، فالأوّل منها هو البحث عن صفات القاضی و مؤهّلاته لذلك الأمر الخطير، فنقول: ذكر الفقهاء هنا صفات نذكرها بعد بيان النكتة التالية:

القضاء من الأُمور الخطيرة المهمّة التی يطلب لنفسه شروطاً تعطى للإنسان صلاحية القيام بها و القضاء من أخطرها و أهمها، و قد ذكر الفقهاء فی كتبهم أُموراً بعنوان صفات القاضی و هی بين ما هو بيّن الثبوت لا يشكّ فی لزومها اثنان، و ما ليس كذلك بل يحتاج القول بالاشتراط و عدمه إلى دراسة علميّة.

و الصفات المذكورة فی كلام المحقق و غيره عبارة عن الأُمور التالية:

اشارة

۱- البلوغ، ۲ كمال العقل، ۳ الإسلام، ۴ الإيمان، ۵ العدالة، ۶ طهارة المولد، ۷ الذكورة، ۸ الاجتهاد ۹ الضبط، ۱۰ الكتابة، ۱۱ البصر، ۱۲ النطق، ۱۳ السمع ۱۴ الحريّة. و أضاف المحقّق بعد اشتراط العدالة: الأمانةَ و المحافظةَ على الواجبات. و لكنّهما مستدركان باعتبار دخولهما فی العدالة. إلّا أن يكون التخصيص بالذكر لأجل العناية ببعض المصاديق و لنأخذ بالبحث واحداً بعد الآخر:

الشرط الأوّل و الثانی: البلوغ و كمال العقل

البلوغ و كمال العقل من الشروط القطعيۀ التی لم يختلف فيهما اثنان لا من

نظام القضاء و الشهادۀ فی الشريعۀ الإسلاميۀ الغراء، ج ۱، ص: ۳۳

العقلاء و لا من الفقهاء و طبيعۀ الموضوع تقتضـی شرطيتهما، فلم يُرَ صبیّ و لا سفيه علی منصّۀ القضاء، و كيف يمكن للصبی أن يدير دفّۀ القضاء مع أنّه رفع عنه القلم «۱» و عمده و خطؤه سيّان «۲»؟! أضف اليه أنه هو مولّی عليه، فكيف يكون وليّاً للمتحاكمين؟! علی أنّ شـرطيۀ العدالـۀ تلازم اشتراطهمـا لأنّ العدالـۀ أو الفسق فرع التكليف و أمّا قوله سبحانه: (وَ آتَيْناهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا) (مريم/ ۱۲) حيث نصب يحيی علی القضـاء و الحكم و هو صبیّ، فإنّمـا هو من بـاب الكرامـۀ علی سبيـل خرق العـادۀ فلا يقاس عليه و لا علی أئمـۀ أهل البيت، آحاد الناس. و قد قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا يقاس بآل محمّد من هذه الأمّۀ أحد». «۳»

غير أنّ المحقق عبّر عن الشـرط الثانی بكمال العقل و الظاهر أنّ مراده هو أن لا يكون سـفيهاً بحيث يقال إنّه ناقص العقل و أمّا الذكاء و التوقد الفكری، أو الفطنۀ فلا يطلبه أصل القضاء.

غير أنّ هنـا نكتـۀ نلفت نظر القاضـی إليها و هو أنّ الموضوع إذا كان ملتوياً و معقـداً، بحيث لا يطمئنّ القاضـی بتمحيصه و تشـخيصه، يلزم عليه أن لاـ يمارسه، بل يسـتعين فيه بالخبراء الـذين لهم ذكاء خاص فی حلّ الأُمور المعقّـدۀ و المعضـلات من المسائل القضائيـۀ، لأجل الممارسۀ الممتدّۀ.

و ذلك لأنّ المسائل القضائيۀ مع اشتراك الجميع فی جهۀ، تختلف فی البساطۀ و التعقيد، و ليس كل موضوع منهلًا لكل وارد و شارد، و عليه فی الأُـمور المعقـدۀ، التی تطلب لنفسـها مهارۀ و ذكاء و توقـداً خاصاً أن يجب لا يمارسـها القاضـی إلّا بعـد توفّر الشـروط التی تطلب لنفسها إمّا بجعلها شوری بين القضاۀ، أو الاستعانۀ بمن توفرت فيه الشروط كما لا يخفی.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب العاقلۀ، الحديث ۲، ۳، ۵.

(۳) نهج البلاغۀ: الخطبۀ ۳.

نظام القضاء و الشهادۀ فی الشريعۀ الإسلاميۀ الغراء، ج ۱، ص: ۳۴

الشرط الثالث: الإسلام

لم يشـكّ فی اعتبـار الإسـلام أو مانعيـۀ الكفر اثنـان، و لم يُرَ فی تاريـخ القضـاء كـافر يشـغل منصَّۀ القضاء قال المحقّق: لأنّه ليس أهلًا للأمانۀ و يمكن الاستدلال عليه بوجوه:

۱- القضـاء منصب يسـتتبع ولايـۀ، و العصـمۀ بين المسـلم و الكـافر مقطوعـۀ فكيف يكون وليّاً للمسـلم، و هو سـبحانه ينهی عن اتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء و من يتولهم فهو منهم «۱»؟! أ فيصح بعد ذلك أن يُضفِیَ لهم ولايۀ فی مقام القضاء.؟!

۲- إنّه سـبحانه ينهی عن التحاكم إلی الطاغوت، و يأمر بالكفر به، و يقول: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيـدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَی الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَ يُرِيدُ الشَّيْطانُ أَنْ يُضِـلَّهُمْ ضَـلالًا بَعِيداً) (النساء/ ۶۰). و التحاكم لـدی الكافر من مصاديق التحاكم إلی الطاغوت، روی المفسـرون أنّه كان بين رجل من اليهود و رجل من المنافقين خصومۀ، فقال اليهودی: أُحاكم إلی محمّـد لأنّه عَلِم أنّه لا يقبل الرشوۀ و لا يجور فی الحكم فقال المنافق: لا!، بل بينی و بينك كعب الأشـرف (اليهودی) لأنّه عَلِم أنّه يأخذ الرشوۀ فنزلت الآيۀ.

۳- إنّه من قبیل السبیل للکافر علی المسلم حیث إنّ القضاء لا ینفکّ غالباً عن الجلب و إصدار القرار و الحبس، و القضاء فی مورد الجزاء، لا ینفک عن الإعدام و إجراء الحدّ و التعزیر، و قد قال سبحانه: (وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) (النساء/ ۱۴۱). و ما ربّما یقال إنّه من قبیل إجراء الحکم الحقّ فی حقّ المحکوم و لیس بسبیل مدفوع بأنّ مالکیة الکافر للمسلم أیضاً تمسک بالحکم المشروع مع أنّه یعدّ سبیلًا، و للقاضی سیادة علی المحکوم فی أنظار الناس

(۱) النساء/ ۱۴۴، المائدة/ ۵۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۵

و هو لا ینفک عن جعل السبیل.

۴- إنّ اشتراط العدالة تلازم شرطیة الإسلام و لیس المراد منها المعنی النسبی أی العادل فی دینه بل المعنی المطلق کما سیوافیک.

۵- طبیعة الموضوع تقتضی الاشتراط، إذ کیف یمکن تسلیط الکافر علی دماء المسلمین و أعراضهم و أموالهم و حقوقهم مع أنّه لیس أهلًا للأمانة.

نعم الانظمة الإلحادیّة غیر معترفة بهذا الشرط حتی الإیمان بالله، و قائلة بأنّ حرمان طائفة من القضاء لأجل العقیدة مخالف للعدل الاجتماعی، و مشارکة الناس فی الحقوق من دون تبعیض.

یلاحظ علیه: أنّه لیس تبعیضاً و إنّما هو أخذ لصالح القضاء و المتحاکمین فإنّ من لا یؤمن بالقضاء الإسلامی و مصادر أحکامه، کیف یتحرّی الحقیقة فی إجرائه؟ و لکن الجنس إلی الجنس یمیل «و کلّ اناء بالّذی فیه ینضح» نعم نقل الشهید الثانی جواز قضاء الکافر لأهل نحلته و وصفه بأنّه شاذ. «۱»

الشرط الرابع: الإیمان

اشارة

إن الایمان له استعمالات:

۱- ربما یستعمل و یراد منه نفس ما یراد من الإسلام من غیر فرق بینهما (فَأَخْرَجْنا مَنْ كانَ فِيها مِنَ الْمُؤْمِنِينَ* فَما وَجَدْنا فِيها غَيْرَ بَيْتٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ) (الذاریات/ ۳۶۳۵). و المراد منهما الاعتقاد الجازم بالله و رسالة نبیّه و ما جاء به.

۲- ربما یطلق الإسلام و یراد منه التظاهر به من دون نفوذ إلی القلب و یقابل الإیمان و هو التسلیم النافذ من الظاهر إلی الباطن و علی ذلک قوله سبحانه:

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۸۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۶

(قالَتِ الْأَعْرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَ لَمّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ) (الحجرات/ ۱۴).

۳- و ربما یطلق و یراد منه الإیمان بالمعنی الخاص و هو کونه إمامیاً و هذا هو المراد هنا بعد اشتراط الإسلام و لنذکر شیئاً من کلمات الفقهاء.

اشتراط الإيمان فی كلمات الفقهاء

۱- قال المفيـد: و لا ينبغی لأحـد أن يتعرّض له حتی يثق من نفسه بالقيام به و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتی يكون عاقلًا، كاملًا، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه ... «۱» و لم يصرح باشتراط الإيمان.

۲- قال الشيخ: و قد فوضوا ذلك إلی فقهاء شيعتهم فی حال لا يتمكّنون فيه مِنْ تولّيه بنفوسهم، فمن تمكَّن من إنفاذ حكم أو إصلاح بين الناس، أو فصل بين المختلفين فليفعل ذلك و له بذلك الأجر و الثواب. «۲»

۳- قـال الشـيخ فی الخلاف: لا- يجوز أن يتولّی القضـاء إلّا من كان عارفاً بجميع ما وليه و لا يجوز أن يشـذ عنه شـیء من ذلك، و لا يجوز أن يقلّد غيره ثمّ يقضـی به و قال الشافعی: ينبغی أن يكون من أهل الاجتهاد ... و لا تجوز أن تكون المرأة قاضـية فی شـیء من الأحكام .... «۳» و ليس فيه تصريح باشتراط الإيمان.

۴- و قال فی المبسوط: و أمّا من يحرم عليه أن يلی القضاء فإن يكون جاهلًا ثقة كان أو غير ثقة، أو يكون فاسـقاً من أهل العلم. «۴» و لعلّه اكتفی بالإشارة عن

---

(۱) المفيد: المقنعة: ۷۲۱.

(۲) الطوسی: النهاية، كتاب الجهاد: ۳۰۱.

(۳) الطوسی: الخلاف، ج ۳/ كتاب القضاء، المسألة ۶۱.

(۴) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۷

التصريح.

۵- قـال ابن إدريس: فأمّـا من تحرم عليه فإن كان جاهلًا، ثقـة كان أو غير ثقـة أو فاسـقاً من أهل العلم. «۱» و لعلّه اكتفی بالإشـارة عن التصريح.

۶- و قـال المحقق: «و يشترط الإيمـان و العدالـة» غير أنّه أراد به الإسـلام بشـهادة قوله: فلا- يعقـد للكافر لأنّه ليس أهلًا للأمانـة و كـذا الفاسق.

۷- و قال «۲» العلّامـة: و يشترط الإيمان و العدالة فلا ينفذ قضاء الكافر و الفاسق، «۳» و لأجل خلوّ عبارة القواعد عن هذا الشرط حاول السيّد العـاملی إدخـال غير الإمـامی، تحت الفاسق تارة، و الكافر أُخری لاشتراكه معه فی القضاء بأُصول لا نعترف بها فلا يجوز نصـبه للقضاء.

۸- و قـال ابن سـعيد: إذا كـان الرجـل عاقلًـا، بصـيراً، كاملًـا، كاتباً، عالماً بالقضاء ديّناً، و ورعاً فهو أهل لولايـة القضاء. «۴» و ليس فيه تصريح بهذا الشرط.

۹- قال العلّامة فی الإرشاد: و فی حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوی. «۵»

۱۰ و نسب التردد إلی المحقّق الأردبيلی و لم يظهر لی من كلامه نعم جوّز قضاء العامی إذا اقتضت المصلحة نصبه. ۶

۱- ۱ و قال فی الجواهر: تواترت النصوص فی النهی عن المرافعة إلی قضائهم بل هو من ضروريات مذهبنا. ۷

---

(۱) ابن إدريس، السرائر: ۳/ ۱۵۳.

(۲) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۶۷.

(۳) العاملی، مفتاح الکرامهٔ، قسم المتن: ۱۰/ ۹.

(۴) ابن سعید الحلی، الجامع: ۵۲۲.

(۵) ۵ و ۶ مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۱۸ و ۲۲.

(۶) ۷ النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۸

۱۲ و قال السید الأُستاذ: یشترط فی القاضی: البلوغ و العقل، و الإیمان، و العدالهٔ، و الاجتهاد المطلق، و الذکورهٔ و طهارهٔ المولد، و الأعلمیّهٔ ممن فی البلد أو ما یقربه علی الأحوط «۱».

إذا عرفت ذلک فاعلم أنّ الأصل هو عدم نفوذ رأی أحد علی أحد إلّا الله سبحانه أو من عیّنه و أنفذ رأیه و القدر المسلّم من هذا الاستثناء هو رأی النبی و الوصیّ و الفقیه الإمامی الجامع للشرائط حسب مقبولهٔ عمر بن حنظلهٔ. «۲»، و أبی خدیجهٔ. «۳» و أمّا غیرهم سواء أ کان شیعیاً غیر إمامی کالزیدی و الاسماعیلی، أم غیر شیعیّ فلیس هناک إطلاق یتمسّک به فعدم الدلیل علی نفوذ قضائه کاف فی المقام و لا نحتاج إلی الدلیل علی عدم الصحّهٔ.

الاستدلال علی عدم الاشتراط

و یمکن الاستدلال علی عدم الاشتراط بنصب علی علیه السلام شریحاً علی مقام القضاء أو إبقائه علیه، و طبع الحال یقتضی أنّه أبقی سائر القضاهٔ المنصوبین قبله علی مناصبهم حتّی أنّ الإمام ربّما کان یرفع الشکوی إلیه روی عبد الرحمن بن الحجّاج أنّ علیّاً کان قاعداً فی مسجد الکوفهٔ فمرّ به عبد الله بن قفل التمیمی و معه درع طلحهٔ فقال علی علیه السلام: «هذه درع طلحهٔ أخذت غلولًا یوم البصرهٔ» فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین فجعل بینه و بینه شریحاً .... «۴»

یلاحظ علیه: أنّ الاستدلال بالفعل إنّما یصح إذا علمت جهته إذ من

---

(۱) الإمام الخمینی: تحریر الوسیلهٔ: ۲/ ۴۰۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۹

المحتمل أنّ الإبقاء کان لضرورهٔ اجتماعیهٔ دعت الإمام إلی إبقاء شریح مقامه و لأجل ذلک أفهمه تلویحاً بأنّه لیس لائقاً لهذا المنصب و قال: «جلست مجلساً لا یجلس فیه إلّا نبیّ أو وصیّ نبیّ أو شقیّ». «۱» و فی مورد آخر شرط علیه أن لا ینفذ قضاءه حتی یعرضه ۲ علیه. و عندئذ لا یبقی اطمئنان بأنّ وجه النصب هو صلاحیته فی نفسه مع قطع النظر عن الضرورهٔ الاجتماعیهٔ.

إکمال

لا شکّ فی استفاضهٔ الروایات فی أنّه لا یجوز الرجوع إلی غیر فقهاء الشیعهٔ، و هی مبثوثهٔ فی أبواب صفات القاضی لکن یقع الکلام فیما هو المانع و هو مردّد بین الأمور التالیهٔ:

۱- العقیدة المخالفة للحق.

۲- اعتماده علی أُصول لا نقول بحجّیتها.

۳- کونه منصوباً من جانب حکّام الجور.

و تختلف النتیجة حسب اختلاف الموضوع، فلو کان المانع، هو الأوّل، یلزم حرمان کل فقیه غیر إمامی و لو کان الثانی، یتحدّد الحرمان بما إذا قضی بأُصول غیر مرضیة، بخلاف ما إذا التزم بأُصول صحیحة و رفض القیاس و الاستحسان، و قول الصحابی بما هو صحابی من دون ثبوت صدوره عن النبیّ صلّی الله علیه و آله و سلّم و غیر ذلک، و علی الثالث یختص الحرمان بما إذا کان منصوباً من جانبهم، و إلّا فلو کان قاضیاً حرّاً و إن قضی بأُصول باطلة، لما أخل.

و لکن لم نجد ما بأیدینا من الروایات ما یعتمد علی الوجه الأوّل، و إنّما السبب فی النهی عن الرجوع إلیهم یدور بین الأُمور التالیة:

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱۲.

۱- الإفتاء بغیر علم و القضاء بلا-وعی و قد عقد صاحب الوسائل باباً بهذا العنوان و قال: باب عدم جواز القضاء و الإفتاء بغیر علم بورود الحکم عن المعصومین «۱».

۲- الإفتاء بغیر الکتاب و السنّة و قد عقد صاحب الوسائل باباً له. «۲»

۳- القضاء بالمقاییس و الاستنباطات الظنّیة و قد عقد أیضاً باباً له. «۳»

و هذه الجهات الثلاث یرجع إلی الملاک الثانی و هناک بعض الروایات ما یؤید کون الملاک هو الثالث و قد عقد صاحب الوسائل باباً لذلک. «۴»

روی أبو بصیر قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام قول الله عزّ و جلّ فی کتابه: (وَ لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهَا إِلَی الْحُکّام) «۵» فقال: «یا أبا بصیر إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ فی الأُمّة حکّاماً یجورون أما إنّه لم یعن حکّام أهل العدل و لکنّه عنی حکّام أهل الجور». «۶»

و علی کل تقدیر فلو کانت الروایات الناهیة قاصرة الدلالة علی المنع المطلق، فلا یخلّ بالمقصود لما عرفت من أنّ الجواز یحتاج إلی الدلیل و عدمه کاف و لا یحتاج عدم الجواز إلی الدلیل.

نحن نفترض أنّ هذه الروایات الناهیة واردة فی الملاکین الأخیرین غایة الأمر تکون النتیجة عدم دلالتها علی المنع المطلق، و لکنّه غیر کاف فی إثبات جواز التصدی، لأنّ الجواز یطلب الدلیل و عدمه کاف فی کون الأصل الأوّلی محکّماً.

و علی فرض المنع، فهل لا یجوز نصبه حتی علی أهل نحلته أو یختصّ

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضی.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب صفات القاضی.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب صفات القاضی.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی.

(۵) البقرة: ۱۸۸.

(۶) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۳.

التحريم، بما إذا نصب على غيرهم من الشيعة؟ وجهان. و قد تقدّم نظيره فى قضاء الكافر على أهل نحلته. و هاتان المسألتان تطلبان بحثاً واسعاً تستمدان من قوله سبحانه: (فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَ إِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (المائدة/ ۴۲).

الشرط الخامس: العدالة

و قد اختلفت عباراتهم فى التعبير عن هذا الشرط:

منهم من جعل الفسق مانعاً كما عليه الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس فى السرائر.

و منهم من جعل العدالة شرطاً، كالمحقق فى الشرائع و العلّامة فى القواعد، و السيد الأُستاذ فى التحرير.

و منهم من عبّر بالموصوف مكان الوصف و قال ديّناً و ورعاً كابن سعيد فى الجامع «۱» و منهم من عبّر بالورع. «۲»

و الظاهر أنّ التعابير من قبيل التفنّن فى العبارة و الكل يشير إلى أنّه يلزم أن تكون للقاضى حالة نفسانية تصدّه عن ارتكاب المحرّمات و اقتراف المعاصى خوفاً من الله و خشية منه أو ما يقرب من ذلک و لم يختلف فيه اثنان و لأجله أرسله صاحب المفتاح إرسال المسلّم بلا إيعاز إلى مخالف و قال: و أمّا الفاسق فيشمل المؤمن و غيره، من غير فِرَق المسلمين، أمّا المؤمن الفاسق فلعدم ثقته و صلاحيته فى الصلاة و الشهادة و الإفتاء فالقضاء أولى. «۳»

---

(۱) تقدّمت مصادر كلماتهم عند البحث عن شرطية الإيمان.

(۲) أبو الصلاح: الكافى: ۴۲۳.

(۳) العاملى: مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲

و قد أدى حقّ المقال فى هذا التعبير الموجز و إليک التفصيل:

يدلّ على الاشتراط أُمور:

۱- التصريح بالاشتراط فى رواية سليمان بن خالد «۱» و أخذه أمراً مسلّماً فى مقبولة ابن حنظلة «۲»، حيث قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما» و قد جعل التفاضل فيها مرجحاً.

۲- كونه شرطاً فى المفتى و الشاهد، و إمام الجماعة و فى الولاية على القُصَّر و الغيّب و التقسيم «۳» يقتضى اشتراطه فى القضاء بوجه أولى، لأنّ القاضى بيده الدماء و الأعراض، و الأموال و الحقوق و أين هو من إمام يصلّى و يترک كل شيء للمأموم.

۳- طبع الموضوع يقتضى الاشتراط لخطورته و عظمته كما مرّ مراراً.

و ظاهر الأدلّة، كونه عادلًا على وجه الإطلاق، لا أن يكون أميناً و محترزاً عن الحكم بالباطل فقط و مع ذلک ربّما يقترف المعاصى إذ مع كونه خلاف المتبادر انّ الأصل هو عدم نفوذ القضاء إلّا من دلّ على نفوذه دليل قطعى و هو العادل المطلق.

و ذكر المحقّق وراء العدالة اشتراط الأمانة و المحافظة على فعل الواجبات و قد عرفت كونهما داخلين ضمن العدالة.

الشرط السادس: طهارة المولد

قال المحقّق: لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله كما لا تصحّ إمامته

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۶ من أبواب عقد البيع، الحديث ۱، حديث اسماعيل بن سعد الأشعرى و الجزء ۱۳، الباب ۸۸ من أبواب الوصايا، الحديث ۲ حديث سماعة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳

و لا شهادته فى الأشياء الجليلة. «۱» و ادّعى فى الروضة عليه الإجماع قال فى شرح قول الشهيد: «الفقيه الجامع للشرائط» و هى: البلوغ و العقل و الذكورة و الإيمان و العدالة و طهارة المولد إجماعاً «۲» و قال فى المسالك: أمّا طهارة المولد فلقصور ولد الزنا عن تولّى هذه المرتبة حتى أنّ إمامته و شهادته ممنوعتان فالقضاء أولى. «۳»

إنّ مقتضى العمومات هو جوازه، إذا كان إمامياً و المنع يتوقّف على الدليل على خلاف المسألة السابقة، و قد استدل على المنع بأُمور ثلاثة:

۱- الإجماع: و قد حكاه فى الروضة و لم يتعرّض العاملى فى المفتاح لأىّ خلاف، و هو كما ترى، لعدم ذكر لفيف من الفقهاء هذا الشرط كالشيخ فى المبسوط. «۴» و ابن سعيد فى الجامع. «۵»

۲- الأولوية: لأنّه إذا لم يجز له التولية لإمامة الصلاة على ما استفاضت الروايات عليه و لم تقبل شهادته، فالقضاء أولى ففى صحيح زرارة: لا يصلين أحدكم خلف المجنون و ولد الزنا «۶»، و فى صحيح ابن مسلم قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنا». «۷»

۳- نفور طباع الناس منه و لكنّه فرع علم الناس به. و المسألة قليلة الفائدة. و هناك نكتة نفيسة لا بدّ من الإشارة إليها: و هى إنّ وليد الزنا تنعقد نطفته فى حال يعلم والده أو أُمّه أو كلاهما أنَّهما ينقضان القانون، و يكسران عهداً من عهود الله، و هو إحساس ينتقل عن طريق النطفة إلى الوليد طبقاً لقانون التوارث الطبيعى، فيخرج المولود من الزناء مختمراً بحس نقض العهد و اختراق القانون و ينشأ و يشبّ

---

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۶۷.

(۲) الروضة: ۳/ ۶۲.

(۳) المسالك: ۲/ ۳۸۹.

(۴) المبسوط: ۸/ ۹۹.

(۵) الجامع: ۵۲۹.

(۶) الوسائل: الجزء ۵، الباب ۱۴ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ۲ و لاحظ ۱، ۴، ۵، ۶.

(۷) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۱، من أبواب الشهادات الحديث ۳ و لاحظ أيضاً الحديث ۱، ۴، ۵، ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۴

عليها و إلى ذلك يشير الإمام الصادق عند التحدث عن ولد الزنا: «إنّه يحنّ إلى الحرام، و الاستخفاف بالدين و سوء المحضر». «۱»

فإذا كانت هذه نفسيته و حالته التى يحملها، فكيف يجوز أن تفوّض إليه مقاليد القضاء ليحكم فى النفوس و الأعراض و الأموال و الحقوق؟!

نعم هذه الحالة أرضية مناسبة للانحراف و الشذوذ، و مقتض للفساد و الإفساد و ليست بعلّة تامّة إذ فى وسعه تطهير نفسه من الشوائب العالقة بطبيعته فلا يوجب ذلك جبراً فى حياته و شقائه.

و لأجل هذا نرى أمیر المؤمنین یؤکّد على مالک أن یختار للحکم أفضل رعیته و یقول: «ثمّ اختر للحکم بین الناس أفضل رعیتک فی نفسک ممّن لا تضیق به الأُمور». «۲»

و یوصـی له فی جمیع عمّاله بانتخاب ذوى الأحساب و یقول: «ثمّ ألصق بـذوى الأحساب و أهل البیوتات الصالحهٔ و السوابق الحسـنهٔ، ثمّ أهل النجدهٔ و الشجاعهٔ، و السخاء و السماحهٔ، فإنّهم جماع من الکرم، و شعب من العرف. ۳

نعم یبقى هنـا شـیء و هو أنّ هـذا التسالم بین فقهائنا، کیف یجتمع مع ما روى عن على علیه السـلام أنّه نصب زیاد بن أبیه على ولایهٔ فارس؟ و لیس القضاء بأعظم من الولایهٔ و ربّما کان الوالى قاضیاً. و المعروف أنّه ولید الزنا.

روى على بن محمد المدائنى قال: لمّا ولّى على علیه السـلام زیاداً فارس أو لبعض أعمال فارس ضبطها ضبطاً صالحاً وجبى خراجها و حماها. ۴

و قد کتب الإمام إلیه رسالهٔ عند ما کان زیاد خلیفهٔ ابن عباس فی البصرهٔ

---

(۱) القمی: السفینهٔ: ۱/ ۵۶۰.

(۲) ۲ و ۳ نهج البلاغهٔ: قسم الرسائل: ۱. برقم ۵۳.

(۳) ۴ ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغهٔ: ۱۶/ ۱۸۱.

و کان عبد الله بن عباس عامله علیها و على کور الأهواز و فارس و کرمان. «۱»

و کتب رسالهٔ أُخرى إلیه عند ما بلغه أنَّ معاویهٔ کاتبه لیستلحقه بأبیه أبی سفیان. ۲

و یشـهد على ذلک أنّه کان یدعى زیاد بن عبید و هو زوج أُمّه (سـمیّهٔ) و لمّا استلحقه معاویهٔ قیل ابن سمیّهٔ و کانت أُمّه تحت عبید و ربّما قیل إنّ نسبهٔ زیاد لغیر أبیه لخمول أبیه. ۳

أمّا أنّه کان غیر طیب المولد فقد روى البلاذرى قال: تکلّم زیاد و هو غلام حدث بحضرهٔ عمر کلاماً أعجب الحاضرین فقال عمرو بن العـاص: لله أبوه لو کان قرشـیاً لساق العرب بعصاه، فقال أبو سـفیان: أما و الله انّه لقرشـی و لو عرفته لعرفت أنّه خیر من أهلک فقال: و من أبوه؟ أنا و الله وضعته فی رحم أُمّه فقال: فهلا تستلحقه قال: أخاف هذا العیر الجالس أن یخرق علیَّ إهابی. ۴

و یمکن اسـتظهار کون زیـاد ولیـد الزنـا من قول الإمام الطاهر أبی الشـهداء الحسـین بن على علیهما السَّلام: «و قـد رکزنی الـدعیّ بن الدعیّ بین الاثنتین: السلّهٔ و الذلّهٔ و هیهات منّا الذلّهٔ». ۵ و المراد منهما هو عبید الله بن زیاد.

و یمکن أن یقـال: إنّ الـدعیّ لیس مرادفـاً لابـن الزنـا بـل هو کمـا یقول الطریحی: الـدعیّ من تبنّیتَه، و الأدعیاء جمع «دعی» و هو من یدّعى فی نسب کاذباً. ۶ و فی أقرب الموارد: الدعیّ من تبنیته أى جعلته ابناً لک، و المتّهم فی نسبته، و الذى یدعی (یدعیه) غیر أبیه و الجمع أدعیاء ۷ و أُمّه و إن کانت زانیهٔ و قد زنى بها أبو سفیان لکن لما لم یثبت کونه متخلّقا من مائه، صار محکوماً بکونه ابن أبیه

---

(۱) ۱ و ۲ نهج البلاغهٔ: برقم ۲۰ و ۴۴.

(۲) ۳ ابن أبی الحدید: شرح النهج ۱۶/ ۱۸۰.

(۳) ۴ ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغهٔ: ۱۶/ ۱۸۱.

(۴) ۵ القمی، نفس المهموم: ۱۳۲، الطبعهٔ الأُولى.

(۵) ۶ الطریحی، مجمع البحرین: ۱/ ۱۴۴.

(۶) ۷ الخورى الشرتوتی: اقرب الموارد ۱۳/ ۳۳۷.

(عبید) شرعاً بحکم الولد للفراش و لأجل ذلک کتب الإمام رسالة إلیه ینهاه عن قبوله قول معاویة کما عرفت. فکان مجهول النسب لا ولید الزنا قطعاً، فلا یکون نصبه دلیلًا فی المسألة.

و ممّا یدل علی أنّه کان مجهول النسب و لکن محکوماً شرعاً بالانتساب إلی الأب ما روی عن الحسن البصریّ: انّه ثلاث کنّ فی معاویة لو لم تکن فیه إلّا واحدة منهن لکانت موبقة: انتزاؤه علی هذه الأُمّة بالسفهاء حتی ابتزها أمرها. و استلحاقه زیاداً مراغمة لقول رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». و قتله حجر بن عدی فیا ویله من حُجر و أصحاب حُجر «۱».

و قد کتب الإمام الحسین علیه السلام إلی معاویة رسالةً یندد فیها بأعمال معاویة و ممّا جاء فیها قوله: «أ و لست المدّعی زیاداً فی الإسلام فزعمت أنّه ابن أبی سفیان؟! و قد قضی رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم أنّ الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۲».

و علی ذلک کان زیاد مجهول النسب، و لمّا لم یعلم کونه ولید الزنا قطعاً، فصار محکوماً بکونه ولید الفراش أعنی زوج أُمّه «عبید» فلا یکون مورداً للنقض.

الشرط السابع: الذکورة

اشارة

اشتهر القول باشتراط الذکورة فی القاضی و یظهر من الشیخ أنّ المسألة خلافیة بین الفقهاء. قال: لا تجوز أن تکون امرأة قاضیة فی شیء من الأحکام و به قال الشافعی، و قال أبو حنیفة: یجوز أن تکون قاضیة فی کل ما یجوز أن تکون شاهدة فیه و هو جمیع الأحکام إلّا الحدود و القصاص، و قال ابن جریر: یجوز أن تکون قاضیة فی کل ما یجوز أن یکون الرجل قاضیاً فیه لأنّها من أهل

(۱) ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغة: ۱۶/ ۱۹۳.

(۲) ابن قتیبة: الإمامة و السیاسة: ۱/ ۱۶۵.

الاجتهاد. «۱»

و قال ابن قدامة: إنّ المرأة لا تصلح للإمامة العظمی، و لا لتولیة البلدان و لهذا لم یولِّ النبیّ و لا أحد من خلفائه و لا من بعدهم امرأة للقضاء و لا ولایة بلد فیما بلغنا، و لو جاز ذلک لم یخل منه جمیع الزمان غالباً. «۲»

و لما کانت المسألة مما أثارت جدالًا و نقاشاً بین الجامعیین و الجدد من الناس، لا بأس بالبحث عنها فی إطار الأدلّة الشرعیّة و قد أجمل الأصحاب فیها الکلام و ما قاموا بحقّها کما هو حالهم أنار الله برهانهم فی سائر المسائل:

و لنذکر بعض الکلمات فی المقام:

قال الشیخ فی المبسوط: الشرط الثالث فی القاضی أن یکون کاملًا فی الأمرین: کمال الخلقة و الإحکام ... و أمّا کمال الاحکام فإن یکون بالغاً عاقلًا حرّاً ذکراً فإنّ المرأة لا ینعقد لها القضاء بحال. و قال بعضهم: یجوز أن تکون المرأة قاضیة و الأوّل أصحّ، و من أجاز قضاءها، قال یجوز فی کلّ ما تقبل شهادتها فیه و شهادتها تقبل فی کل شیء إلّا فی الحدود و القصاص.

و مع ذلك لم يـذكره المفيـد فى المقنعة، «۳» و لا الشيخ فى النهاية ۴، و لا ـ الحلبى فى الكافى ۵ و لا ابن إدريس فى السرائر ۶ و لا العلامة فى المختلف. ۷

نعم ذكره لفيف من المتأخرين و إليك نصوصَهم:

قال المحقّق فى الشرائع: و يشترط فيه البلوغ و ... و الذكورة. ۸

و قال العلّامة فى التحرير: و يشترط فيه البلوغ ... و الذكورة، و لا ينعقد القضاء

---

(۱) الطوسى: الخلاف: كتاب القضاء المسألة ۶.

(۲) المغنى: ۱۰/ ۱۲۷.

(۳) ۳، ۴، ۵، ۶، ۷ لاحظ المقنعة: ۷۲۱، و النهاية: ۳۳۷، و الكافى: ۴۲۰، و المهذب: ۲/ ۵۹۷، المختلف ۴/ ۷۶.

(۴) ۸ نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۶۷.

للمرأة فى الحدود و غيرها. «۱»

و قال فى القواعد: و يشترط فيه البلوغ و العقل و الذكورة. «۲»

و أنت إذا لاحظت الكتب المؤلفـة فى هذه العصور أو بعدها ترى أنّها متّفقة على اشتراطها إمّا بالتصـريح أو بأخذ الرجل فى التعريف، مثلًا، قال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلًا بصيراً كاملًا كاتباً عالماً بالقضاء، ديّناً ورعاً فهو أهل لولاية القضاء. «۳»

و قـال الشـهيد فى المسالـك: و لا ينعقـد القضاء للمرأة و إن اسـتكملت الشـرائط أى الشـرائط المعتبرة فى القضاء غير الذكوريـة و هو موضع وفاق، و خالف فيه بعض العامة فجوّز قضاءها فيما تقبل شهادتها فيه. «۴»

و قال فى مفتاح الكرامـة: أمّا المرأة فلما ورد فى خبر جابر عن الباقر عليه السـلام و لا تولّى القضاءَ المرأةُ و قـد أنكر الـدليل المقـدّس الأردبيلى إن لم يكن إجماع و هذا خبر منجبر بالشهرة العظيمة إن أنكر الإجماع. «۵»

إلى غير ذلك من هـذه الكلمات ممّا لا نطيل المقام بنقلها، و الظاهر أنّ الشـهيد الثانى اسـتثنى الذكورة عن موضع الوفاق بين الفريقين لمخالفة أبى حنيفة فى المسألة لا أنّه موضع خلاف بين الإمامية، و المحقّق الأردبيلى إن أنكر فإنّما أنكر صحّة الخبر لا الإجماع قال: و أمّا اشتراط الـذكورة فذلك ظاهر فيما لم يجز للمرأة فيه أمر و أمّا فى غير ذلك فلا نعلم دليلًا واضـحاً نعم ذلك هو المشـهور فلو كان إجماعاً فلا بحث. «۶»

---

(۱) العلّامة الحلّى، التحرير، ص ۱۷۹.

(۲) العاملى، مفتاح الكرامة، ج ۱۰، ص ۹، قسم المتن.

(۳) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع، ص ۵۲۲.

(۴) المسالك، ج ۲، ص ۲۸۳.

(۵) السيد جواد العاملى، مفتاح الكرامة، ج ۱۰، ص ۹.

(۶) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۵.

نعم الإجماع فى هـذه المسألة مستند إلى الآيات و الروايات و السيرة الموجودة بين المسـلمين حيث لم تُرَ قاضيـة بين المسـلمين على منصَّة القضاء، و إلى سائر الجهات التى تدعم عدم صـلاحيتها للقضاء فيصـبح الإجماع مدركياً لا تعبدياً، و لا محيص للفقيه عن دراسة

الأدلّة.

هذا و أنّ الأصل الأوّلی فی المقام هو عدم الجواز فعلی المجوّز إقامة الدلیل، إذ العمومات الواردة فی القاضـی المنصوب منصرفة إلی الرجال و هی بینما ورد فیه لفظ «منکم» کما فی مقبولة ابن حنظلة «۱» أو «رجل» کما فی روایة أبی خدیجة «۲» فهذان التعبیران، لو لم یـدلا علی اختصاص القضاء بالرجل فلا أقلّ أنّها منصـرفة عن المرأة، و یؤیـد الانصـراف عدم التعارف، إذا لم تر فی زمن الخلفاء و لا بعـدهم امرأة تتولی مهمّة القضاء و ما قیل من أنّ مدار الانصـراف، کثرة الاسـتعمال و ندرته، لا کثرة الوجود و قلّته، لو تمّ، فالمقام من موارد عـدم الوجود لا قلّته. فلو کان هـذا المقـدار کافیاً فی عدم الجواز فالفقیه فی فسـحة من الاسـتدلال بالآیات و الروایات، و إلّا فإن استشکل فی انصراف العمومات فلا محیص من دراسة سائر الأدلّة و لنذکر ما یمکن الاستدلال به علی المنع

و لنقدّم البحث عن الآیات:

الآیة الأُولی: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّسَاءِ)

اشارة

إنّ الحیـاة الإنسانیـة فی المجتمع لاـ تـدوم إلّـا علی منهـج سـیادة الرجـال علی النسـاء بما أودع الله فی فطرة کل منهما ما هو الأحسن و الأصـلح بنظام التکامل فی الوجود، و یدل علیه قوله سبحانه: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَی بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَیْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَ اللَّاتِی تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلًا إِنَّ اللّهَ کَانَ عَلِیًّا کَبِیراً)

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵ و ۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۰

(النساء/ ۳۴) و الاستدلال رهن دراسة المواضع التالیة:

المواضع الهامة الثلاثة فی تفسیر الآیة

اشارة

۱- ما هو المراد من کون الرجال قوّامین علی النساء فهل هو بمعنی القیمومة لهنّ؟

۲- ما هو ملاک القیمومة؟

۳- إذا تبیّن ملاـک القیمومـة، فما هو إطار تلک الولایـة فهل تختصّ بما یمت بالشـئون الاجتماعیـة فی حیاة الزوجین و لا تتجاوز عن ذلک الإطار، أو یعمّ مطلق الشـئون الاجتماعیـة من غیر فرق بین الزوجین و غیرهما فالرجال علی الإطلاق قوّامون علی النساء فی الحیاة الاجتماعیة من غیر فرق بین الزوج و غیره؟

و إلیک دراسة تلک المواضع، بشرح مفرداتها و جملها:

۱- ما هو المراد من قوله سبحانه: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّسَاءِ؟

«قوّامون» جمع «القوام» و هو و «قيّم» و قيّام بمعنى واحد، و المراد أنّ الرجال قائمون بشئون النساء قيام الولاة على الرعيّة فى مجال التدبير و التأديب و الذبّ عن التعدى إليهن. يقال: قام الرجل على المرأة: قام بشأنها و ليس المراد من قيامهم بشأنهنّ هو انفاقهم عليهن لأنّه سبب الولاء لا مورده كما يشير إليه فيما بعد بقوله: «و بما انفقوا من أموالهم» بل المراد هو القيام بسائر الشئون ممّا تقوم عليه الحياة الاجتماعية التى تتوقف على العقل و التدبير، و القوّة و الاستطاعة و قد فسرت الآية بنحو ما ذكرنا و إليك بعض الكلمات:

١- قال الطبرسى: إنّ الرجال قيّمون على النساء، مسلّطون عليهنّ فى التدبير و التأديب. «١»

---

(١) الطبرسى: مجمع البيان ٢/ ٤٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١

٢ و قال ابن كثير فى تفسير قوله سبحانه: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ) أى الرجل قيّم المرأة أى هو رئيسها و كبيرها و الحاكم عليها و مؤدبها إذا أعرجت. «١»

٣- و قال الفيض فى تفسيره: أى يقومون عليهنّ قيام الولاة على الرعيّة. «٢»

إلى غير ذلك من الكلمات المترادفة.

إنّ مرجع القيمومة هاهنا، ليس إلى تصويرهن كالمجانين و السفهاء و الأطفال، و تكون قيمومة الرجال عليهن، كقيمومة الأب و الجدّ إليهم بل مرجعها إلى قيمومة الوالى على الرعية، و الدولة على الشعب و ليس هنا من يتلقى ولاية الوالى عليه، نقصاً و تحقيراً، لأنّ الشعب المتفرق فى البلد يحتاج إلى من يدبّر أمره و يؤدب خاطئه و يذبّ عن كيانه و شرفه و ماله. و مثله العائلة فالبيت مجتمع صغير فى مقابل البلد الذى هو مجتمع كبير و الولاية عليه، كالولاية على الجماعة الكبيرة.

إذا عرفت مفاد القيمومة فلنرجع إلى الأمر الثانى من الأُمور الثلاثة.

٢- ما هو ملاك القيمومة و السيطرة؟

اشارة

إذا دلّت الآية على قيمومة الرجال على النساء فلا بدّ لها من ملاك يبرّر تلك السلطة و إلّا فهما فردان من طبيعة واحدة، مصداقان لهما و قد ذكر الكتاب العزيز، لها ملاكين أشار إليهما بقوله: (بِما فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلى بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ).

فهذان الملاكان يختلفان فى أنّ الأوّل موهوبىّ و الثانى اكتسابى، بمعنى انّه سبحانه خصّهم بلا اختيار بفضيلة ثمّ هؤلاء قاموا بكسب فضيلة أُخرى.

الملاک الموهوبی

أمّا الملاك الخارج عن الاختيار فهو أنّه سبحانه فضّل الرجال على النساء فى

---

(١) ابن كثير: التفسير: ٢/ ٢٧٥.

(٢) الفيض، تفسير الصافى: ١/ ٣٥٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢

مجالى التكوين و الخليقة، و التشريع و التقنين.

و مع أنّ المراد هو تفضيلهم على النساء يقول سبحانه (بِما فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلى بَعْضٍ)، و المقصود من البعض الأوّل هو الرجال و من

الثانی هو النساء، و التنوین فی «بعض» عوض عن الضمیر. و إنّما عبّر بهذا دون أن یصرّح مثل ما قلناه، لأجل إفادة أنّ الطائفتین داخلتین تحت نوع أو جنس واحد، مشارکتین فی الإنسانیة و البشریة و لکن فُضِّلَ بعض أفراده علی البعض الآخر منه، و بذلک استطاعت الآیة أن تحفظ شأن المرأة و مقامها و تفید أنّ تفضیل الرجال علیها لا یوجب دخولهما تحت طبیعتین أو جنسین متغایرین بل هما مع الوحدة فی النوع و الجنس یختلفان فی العوارض و الخصوصیات و هذا النوع من التعبیر شائع فی القرآن الکریم.

قال سبحانه: (أَنِّی لَا أُضِیعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْکُمْ مِنْ ذَکَرٍ أَوْ أُنْثَی بَعْضُکُمْ مِنْ بَعْضٍ). (آل عمران/ ۱۹۵).

ثمّ إنّ مجری هذا التفضیل الذی یخبر عنه سبحانه إمّا التکوین أو التشریع، أمّا التکوین فیرجع إلی أمرین بهما فُضِّلَ الرجال علی النساء، و هو العقل و الإدراک، و القدرة و الاستطاعة إذ لا شکّ أنّ عقول الرجال أکثر، کما أنّ قدرتهم علی الأعمال الشاقّة أوفر، و لیس هذا شیء ینکر و لو وجدنا هناک لفیفاً من النساء یفضلن علی لفیف من الرجال فی العقل و التدبّر أو وقفنا علی نساء لهنّ المقدرة و الاستطاعة البالغة علی أعمال شاقّة فلا- یکون ذلک ملاکاً لتفضیل النساء علی الرجال فإنّ الملاک فی القضاء هو الغلبة الساحقة و الغالب علی الرجال فی مجال العقل و التدبیر هو الزیادة علی النساء فیهما، و لأجل ذلک فیهم من العقلاء ما لیس فیهنّ کما أنّ مقدرتهم علی الأعمال الشاقّة أکثر، و بالجملة: الملاک المتوسطات من النساء و المتوسطون من الرجال.

۱- قال الشیخ الطوسی: «و المعنی الرجال قوّامون علی النساء بالتدبیر

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۳

و التأدیب لما فضّل الله الرجال علی النساء فی العقل و الرأی».

۲- و قال الطبرسی «۱» فی تفسیر قوله: (بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَی بَعْضٍ) هذا بیان سبب تولیة الرجال علیهنّ أی إنّما ولّاهم الله أمرهنّ لما لهم من زیادة الفضل علیهنّ بالعلم و العقل و حسن الرأی و العزم. «۲»

۳- و قال الزمخشری: إنّ الرجال یفضلون علی النساء بالعقل و الحزم و العزم و القوّة و الفروسیة، و الرمی و أنّ منهم الأنبیاء و العلماء و فیهم الإمامة الکبری و الصغری. «۳»

هذا کلّه هو التفضیل فی التکوین. و أمّا التفضیل فی التشریع فالراجع إلی الفقه الإسلامی یجد هناک تفوقاً للرجال علی النساء نشیر إلی لفیف منه:

أوضع عنهنّ الصلاة و الصوم فی أیام خاصة لطروء الضعف علیهنّ فی میدان العمل.

ب جعل شهادة امرأتین بمثابة شهادة رجل واحد و قال: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (البقرة/ ۲۸۲).

ج خاطب الرجال بالنفر و الخروج، و قال: (انْفِرُوا خِفَافاً وَ ثِقَالًا وَ جَاهِدُوا بِأَمْوَالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فِی سَبِیلِ اللَّهِ) (التوبة/ ۴۱).

و خاطب النساء بقوله: (وَ قَرْنَ فِی بُیُوتِکُنَّ) (الأحزاب/ ۳۳).

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۵۳

د جعل الطلاق بید الزوج و قال: «الطلاق بید من أخذ بالساق» و العدّة بید النساء.

ه جعل میراث الذکر مثل حظّ الأُنثیین.

---

(۱) الطوسی: التبیان ۳/ و الغایة من نقل عبارته، هو آخرها لا أوّلها لما مرّ الکلام فیه و الغرض بیان ملاک التفضیل.

(۲) الطبرسی: مجمع البیان: ۲/ ۱۳.

(۳) الزمخشری: الکشاف: ۱/ ۲۰۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۴

و جعل دیة المرأة نصف دیة الرجل.

ز رفع عنهنّ الجمعة و الجماعة.

ح خصّ الرجال بالنبوة و الخلافة.

إلی غیر ذلک من التشریع المختلف الحاکی عن تفضیل بعضهم علی بعض.

الملاک الاکتسابی

هـذا کلّه یرجع إلی التفضـیل بالملاک الأوّل و أمّا التفضـیل بالملاک الثانی أی الملاک الاکتسابی فإلیه أشار بقوله: (وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) فالانفاق بالأموال فی الحیاة الیومیة و فی مجال المهر و من المعلوم مزیة المنفِق علی المنفَق علیه.

إلی هنا تمّ بیان ملاک القیمومة، و علمت أنّ أحدهما وهبیّ و الآخر اکتسابی و أنّ مرجع الأوّل تارة هو التکوین و أمر الخلقة و أُخری إلی التشریع الإسلامی المبنی علی مصالح واقعیة و إنّما المهم هو بیان مجال الولایة و إطارها و أنّ قیمومة الرجل إلی أیّ مدی؟

و هنا نکتتان نلفت إلیهما نظر القارئ قبل بیان حدِّها:

الأُولی: إنّ التشـریع الإسـلامی فی مجـال الرجـل و المرأة یبتنی علی رعایـة فطرتهمـا أوّلًا و المصالـح الاجتماعیـة ثانیاً، فلو رفع بعض التکالیف عنها فإنّما هو لأجل رعایـة حالها أوّلًا أو المصالـح الاجتماعیـة ثانیاً، فهذا النوع من التشـریع لا یعنی الإطاحة بمقام المرأة فلو رفع الجهاد عنه فلأجل أنّ طبیعـة المرأة طبیعة عاطفیة حساسة لا یناسب الأعمال الشاقة البالغة الصـعوبة، فلو جعل میراثها نصف میراث الرجل فلأجل مصلحة ملزمة فی میدان المعیشة فإنّ الرجل هو المتکفل فی حیاة العائلة و هو الباذل لکل ما یحتاجون إلیه دون المرأة.

الثانیة: إنّ رفع بعض التکالیف و إن کان یوجب حرمانها من الثواب و الأجر

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۵

الأُخروی لکن الإسـلام تـدارکه بوضع وظائف أُخری علی عاتقها لو قامت بها لأدرکت الثواب الفائت من الجهاد مثلًا و هناک حوار، بین وافـدة النساء و النبی الأکرم حیث عرّفت نفسـها بأنّها وافـدة النساء و قالت: بأبی أنت و أُمی إنّی وافـدة النساء إلیک و اعلم نفسـی لک الفداء أنّه ما من امرأة کائنة فی شرق و لا غرب سمعت بمخرجی هذا إلّا و هی علی مثل رأیی.

إنّ اللّه بعثک بالحقّ إلی الرجال و النساء فآمنّا بک و بإلهک الذی أرسـلک، و إنّا معشـر النساء محصورات مقصورات، قواعد بیوتکم، و مقضـی شـهواتکم، و حاملات أولادکم، و أنّکم معاشر الرجال فُضِّلتم علینا بالجمعة و الجماعات و عیادة المرضی و شهود الجنائز و الحـجّ بعـد الحـجّ و أفضل من ذلک، الجهاد فی سبیل اللّه و أنّ الرجل منکم إذا خرج حاجّاً أو معتمراً أو مرابطاً حفظنا لکم أموالکم و غزلنا أثوابکم و ربّینا لکم أموالکم فما نشارککم فی الأجر یا رسول اللّه؟

فالتفت النبی صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم إلی أصـحابه بوجهه کله، ثمّ قال: هل سمعتم مقالة امرأة قط أحسن من مسألتها فی أمر دینها من هذه؟

فقالوا: یا رسول اللّه! ما ظننا أنّ امرأة تهتدی إلی مثل هذا.

فالتفت النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم إلیها، ثمّ قال لها: انصرفی أیتها المرأة، و اعلمی من خلفکِ من النساء أنّ حسن تبعل إحداکنّ لزوجها و طلبها مرضاته و اتباعها موافقته، تعدل ذلک کلّه، فأدبرت المرأة و هی تهلّل و تکبر استبشاراً. «۱»

و لأجل ذلک التدارک یصفهنَّ سبحانه بقوله: (فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَیْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) (النساء/ ۳۴).

فالصالحـة عبارة عن القانتـة، و المطیعـة لزوجها إطاعـة دائمـة مهما أرادوا منهنّ ممّا له مساس بالتمتّع و سائر الجهات المرتبطـة بشـئون الحیاة الزوجیة و هی فی مقابل

(۱) الدر المنثور: ۲/ ۱۵۳.

قوله سبحانه: (وَ اللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ) (النساء/ ۳۴).

(حافِظاتٌ لِلْغَیْبِ) أی یحفظن فی غیبة الأزواج ما یجب حفظه من النفس و المال. و إخراج الحکم و الأمر بصورة الوصف آکد فی الوجوب.

قوله: (بِما حَفِظَ اللّهُ) الباء للمقابلة، أی یقمن بما ذکر فی مقابل ما حفظ الله لهم من الحقّ فأوجب علیهنّ الإطاعة و حفظ الغیب لهم.

۳- سعة القیمومة و ضیقها

إلی هنا فرغنا من الأمرین المهمین: إثبات القیمومة، و ملاکها.

بقی الکلام فی إطارها وسعتها و ضیقها فنقول:

إنّ ملاک القیمومة بعد الإمعان فی الآیة یتلخّص فی مجموع أمرین:

۱- بما فضل الله الرجال علی النساء فی مجال الإدارة و التدبیر، و القدرة و الاستطاعة الجسمیة.

۲- بما یقومون من عمل الانفاق علی النساء.

فالملاک مجموع الأمرین فلأجلهما للرجال قیمومة علی النساء.

و علی ذلک تتحدد القیمومة بالحیاة الاجتماعیة للعائلة. فلو کان أمراً فردیاً، کالغزل و الخیاطة فلا ولایة له علیها، إذا لم یکن مانعاً عن تمکینها للاستمتاع. أو کان أمراً اجتماعیاً و لکن خارجاً عن العلاقات الزوجیة، کما إذا تصدی للوکالة عن الغیر، و القضاء بین المتخاصمین الأجنبیین فهو خارج عن مفاد الآیة لعدم ملاک للقیمومة فی الغیر، و لا فی المتخاصمین علی المرأة، حتی لا تصلح للوکالة و القضاء.

و بعد ثبوت اختصاص ملاک القیمومة بالأُمور الاجتماعیة العائلیّة. فهل تعمّ کل الأُمور و لو کان خارجاً عن إطار الزوجیة أو تختص بهذا الإطار و هذا هو المهم؟

و بعبارة أُخری: هل تختص الولایة بالعلاقات الزوجیة و نظام العائلة؟ ففی کل أمر له صلة بهذا النظام، فالرأی هو رأی الزوج و له التسلط و السیطرة إلّا إذا

خالف الکتاب و السنة، و أمّا الخارج عن هذا الإطار فلا، سواء کان راجعاً إلی الحیاة الفردیة لکل من الزوجین، أو راجعاً لکل من الرجال و النساء و إن لم تکن بینهما علاقة الزوجیة سواء أ کان من الأمور الفردیّة أم الاجتماعیّة ففیها الرجل و المرأة سواء.

أو أنّها تعمّ لجمیع المجالات الاجتماعیة و لا تختصّ بالحیاة العائلیة ففی الجهات العامة الاجتماعیة التی لها صلة بما فضل الله به الرجال علی النساء، لهم قیمومة علیهنّ؟ وجهان:

یؤید الوجه الأوّل: مضافاً إلی مسألة الانفاق سیاق الآیة، فإنّه بصدد بیان وظائف الزوجین و شئونهما و إن کانت تستعین بلفظ الرجال و النساء لکن المقصود هو الزوجان یقول سبحانه: (وَ لِکُلٍّ جَعَلْنا مَوالِیَ «۱» مِمّا تَرَکَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ ...) (النساء/ ۳۳) أی لکل من الزوجین، فتأمل.

(الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ ... وَ اللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ...) (النساء/ ۳۴).

(وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَیْنِهِما فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِها) (النساء/ ۳۵).

فالموضوع فی الآیات، هو الزوجان، و اعطاء القیمومة لواحد منهما، لا یعنی کونه قیّماً فی خارج هذا الإطار.

و یؤیده أیضاً شأن نزولها الذی نقله المفسّرون: نزلت فی امرأة نشزت علی زوجها فلطمها فانطلق أبوها معها إلی النبی فقال: أفرشته کریمتی فلطمها فقال النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: لتقتصّ من زوجها فانصرفت مع أبیها لتقتصّ منه فقال النبی: ارجعوا فهذا جبرائیل أتانی و أنزل الله هذه الآیة فقال: أردنا أمراً و أراد الله أمراً و الذی أراد

---

(۱) الموالی: أی الأولی بالمیراث.

خیر و رفع القصاص. «۱»

و یؤید الوجه الثانی: أنّ مورد الآیة و إن کان خاصاً لکن الملاک الذی فضّل به الرجال علی النساء عام یعم کل جهة اجتماعیة ترتبط بحیاة الرجال و النساء فعموم العلّة یعطی أنّ الحکم المبنیّ علیها أعنی قوله: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ) (النساء/ ۳۴) غیر مقصور علی الأزواج بأن یختص القوامیة بالرجل علی زوجته بل الحکم مجعول لقبیل الرجال علی قبیل النساء فی الجهات العامة التی ترتبط بها حیاة القبیلتین جمیعاً فالجهات العامة الاجتماعیة الّتی ترتبط بفضل الرجال کجهتی الحکومة و القضاء مثلًا إنّما تقومان بالتعقل الذی هو فی الرجال بالطبع أزید منه فی النساء و کذا الدفاع الحربی الذی یرتبط بالشدّة و قوة التعقّل. کل ذلک ما یقوّم الرجال علی النساء.

و علی هذا فقوله: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ) ذو إطلاق عام و أمّا قوله بعد: (فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ ...) الظاهر فی الاختصاص بما بین الرجل و زوجته فهو فرع من فروع هذا الحکم المطلق و جزئی من جزئیاته، مستخرج منه من غیر أن یتقید به إطلاقه.

و مع ذلک «۲» ففی النفس من عمومیة الحکم أو إطلاقه شیء و هو أنّ وقوع الحکم أعنی: کون الرجال قوّامون علی النساء فی ثنایا الأحکام المربوطة بالزوجین، و کون الملاک الثانی للتفضیل و القیمومة هو الانفاق، المختصّ بالزوج، یصدّنا عن الحکم القاطع بإطلاقه.

و بعبارة واضحة: لو کان سبب القیمومة هو الوجه الأوّل أعنی الرجاحة فی العقل، و القوة فی التدبیر، و القدرة فی الدفاع لکان کافیاً فی ثبوتها لهم مطلقاً و لکنّها لیست هی السبب الوحید، بل منضمّة إلی الانفاق و القیام بتجهیز وسائل الحیاة،

---

(۱) مجمع البیان: ۲/ ۴۳ ط صیدا. نقله غیره أیضاً.

(۲) الطباطبائی: المیزان: ۴/ ۳۶۵ و ۳۶۶.

و هو مختصّ بالزوجین. نعم لو کان کل سبباً مستقلًا لها، لعمت مطلق الرجال و النساء فلاحظ.

الآیة الثانیة: وَ لِلرِّجالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَةٌ

قال سبحانه: (وَ الْمُطَلَّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وَ لا یَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ یَکْتُمْنَ ما خَلَقَ اللّهُ فِی أَرْحامِهِنَّ إِنْ کُنَّ یُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَ الْیَوْمِ الْآخِرِ وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِی ذلِکَ إِنْ أَرادُوا إِصْلاحاً وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِی عَلَیْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللّهُ عَزِیزٌ حَکِیمٌ) (البقرة/ ۲۲۸).

الآیة متضمنة لبیان أحکام الطلاق الرجعیّ و تذکر الأُمور التالیة.

۱- المطلّقة تتربّص ثلاثة أطهار و لا تتزوّج فیها لئلا یلزم اختلاط المیاه و یفسد النسل، و القُرء فی الآیة بمعنی الطهر، لا الحیض خلافاً للعامّة و ذلک لأنّه من القرء بمعنی الجمع، و الدم یجتمع أیام الطهر شیئاً فشیئاً حتی یقذفه الرحم أیام الحیض و الذی یدل علی أنّه

بمعنى الجمع، قوله سبحانه: (لَا تُحَرِّكْ بِهِ لِسَانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِ* إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَ قُرْآنَهُ* فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ) (القيامة/ ١٨١٦). و قال أيضاً: (وَ قُرْآناً فَرَقْنَاهُ لِتَقْرَأَهُ عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ) (الأسراء/ ١٠۶). وجه الاستدلال أنّه سبحانه عبّر بالقرآن، و لم يعبّر بالكتاب أو الفرقان أو ما شابههما، للتناسب الموجود بين الجمع و القرآن فى الآية الأُولى، و القرآن و التفريق فى الآية الثانية.

٢- تحرم عليهنّ كتمان الولد فى الرحم استعجالًا فى خروج العدّة أو اضراراً بالزوج فى رجوعه.

٣- للزوج الرجوع ما دامت هى فى العدّة، و ليكن الرجوع لغاية الإصلاح لا للإضرار.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۶٠

۴ و لهنّ مثل الذى عليهن بالمعروف أى أنّ الحقوق بينهما متبادلة و لو استحق الزوج شيئاً عليها، فهى تستحق شيئاً آخر عليه. قال الطبرسى: و هذا من الكلمات العجيبة الجامعة للفوائد الجمّة و إنّما أراد بذلك ما يرجع إلى حسن العشرة و ترك المضارة و التسوية فى القَسم و النفقة و الكسوة كما أنّ للزوج حقوقاً مثل الطاعة التى أوجبها الله عليها له و أن لا تَدخل فراشَ غيره، و أن تحفظ ماءه فلا تحتال فى إسقاطه.

۵- و «١» للرجال عليهن درجة: أى منزلة فضيلة عليهنّ مع كون الحقوق بينهما متبادلة، و لمّا كان ذلك موهماً، لتساوى منزلتهما، دفع ذلك الوهم بأنّ للرجال عليهنّ منزلة و فضيلة و كون الحقوق متبادلة لا يقتضى تساويها فى جميع المراحل الاجتماعية و لأجل ذلك صار سهم الذكر ضعف الأُنثى فى الميراث، و حقّ الطلاق بيد الزوج، و الرجعة موكولة إليه و لم يكتب الجهاد على المرأة لعدم تلائمه مع فطرتها إلى غير ذلك من الأُمور التى تثبت، تقدّم الرجل عليها فى مجالات خاصة.

هذا كلّه يرجع إلى توضيح جمل الآية إنّما الكلام فى عمومية قوله: «و للرجال عليهنّ درجة» بالنسبة إلى القضاء و فصل الخصومة و يمكن منعه لأنّها قضية موجبة جزئية، تصدق بوجود المنزلة للرجال فى موارد خاصة كالميراث و الطلاق، و الجهاد و غيرها ممّا عرفت و لا يتوقف صدقها على حرمانها من القضاء فيكون التمسك بها فى مورد المنع عن القضاء تمسّكاً بالدليل فى الشبهة المصداقية.

نعم هناك وجه آخر للتمسّك ربّما يظهر من كلام العلّامة الطباطبائى قدّس سرّه و يمكن تقريره بالنحو التالى:

إنّه سبحانه يقول قبل هذه الجملة: (وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فلو قلنا إنّ المعروف هو العمل المطابق بالفطرة تكون الخلقة ميزاناً لتمييز مالها عمّا

---

(١) الطبرسى، مجمع البيان: ١/ ٣٢٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۶١

عليها، و لمّا كان أمر القضاء مما يطلب لنفسه العقل و الدراية الكثيرة بخلاف الحضانة و أمثالها فيكون للرجل فى القضاء عليهن درجة دون الحضانة.

و لكن تفسير المعروف بما ذكره، غير واضح لأنّه كما يقول الراغب «١»: كل فعل يعرف حسنه بالعقل أو الشرع و المنكر ما ينكر بهما. و كون القضاء أمراً معروفاً بالنسبة إلى الرجل دون المرأة أوّل الكلام.

***

الآية الثالثة: قوله: وَ هُوَ فِى الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ

قال سبحانه: (أَ وَ مَنْ يُنَشَّؤُا فِى الْحِلْيَةِ وَ هُوَ فِى الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ) (الزخرف/ ١٨).

لما ذكر قول المشركين بأنّ الله سبحانه اتخذ ممّا يخلق بنات و أصفاهم بالبنين ردّه سبحانه بوجهين:

١- كيف تصفونه بأنّه سبحانه اتخذ لنفسه بنات، مع أنّ أحدكم إذا بشر بها ظلّ وجهه مسودّاً و هو كظيم؟ فإذا كان اتخاذ البنات أمراً

حسناً، فَلِما ذا تتسوّد وجوهکم عند التبشیر بها؟ و لو کان الاتخاذ قبیحاً فِلِمَ تنسبونه إلی الله؟

۲- کیف تصفونه سبحانه باتخاذ البنات، مع أنّ الأُنثی تنشأ و تشب فی الحلیهٔ و فی الوقت نفسه فهی فی مقام المخاصمهٔ و الاحتجاج ضعیفهٔ التقریر، و التعلّق الشدید بها آیهٔ کونها موجودهٔ حساسهٔ عاطفیهٔ، ضعیفهٔ التعقّل و مع ذلک فکیف تصفون الله باتخاذهم بنات؟

وجه الاستدلال: إنّ قوام القضاء بالاحتجاج و الجدال و تحقیق الحقّ و هو رهن منطق قوی و عقل واع، و المرأهٔ فاقدهٔ لذلک. لأنّ المتوسطین من الرجال أعقل من

(۱) الراغب: ۳۳۱ مادهٔ «عرف».

متوسطات النساء و أبین حجّهٔ و أوضح بیاناً فلا تصلح الثانیهٔ لها.

لکن کون القضاء رهن الاحتجاج و الجدال غیر واضح خصوصاً إنّ القضاء فی المحاکم یتوقف علی الدقهٔ فی کلمات المترافعین و ما حول القضیهٔ من الأمارات و القرائن التی تثبت صدق دعوی المدعی أو کذبها و لا حاجهٔ إلی جدال و لا یقوم علی المناظرهٔ.

هذا کلّه حول الآیات، و اتضح عدم دلالتها القطعیهٔ علی المراد و إلیک البحث فی الروایات الواردهٔ فی المقام.

الاستدلال بالروایات

۱- ما رواه الصدوق فی الفقیه بإسناده عن حمّاد بن عمرو، و أنس بن محمد عن أبیه عن جعفر عن أبیه عن آبائه فی وصیهٔ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم لعلی علیه السلام قال: یا علی! أُوصیک بوصیهٔ فاحفظها فلا تزال بخیر ما حفظتَ وصیّتی إلی أن قال: لیس علی المرأهٔ جمعهٔ و لا جماعهٔ، و لا أذان و لا إقامهٔ و لا عیادهٔ مریض و لا اتّباع جنازهٔ و لا هرولهٔ بین الصفا و المروهٔ و لا استلام الحجر و لا حلق و لا تولی القضاء و لا تستشار «۱» ببیان أنّه بصدد بیان نفی التشریع بقرینهٔ بعض ما جاء فیها کالحلق.

لکنّها ضعیفهٔ سنداً و دلالهٔ أمّا الأوّل فلأنّ حمّاد بن عمرو سواء کان الصنعائی أو الکوفی مجهول. و مثله أنس بن محمد، و لیس له روایهٔ فی الکتب الأربعهٔ إلّا هذه الروایهٔ «۲» علی أنّ فی سند الصدوق إلیهما مجاهیل یظهر من الرجوع إلی المشیخهٔ فانّ فیها: «و ما کان فیه عن حمّاد بن عمرو و أنس بن محمّد فی وصیهٔ النبی لأمیر المؤمنین علیه السلام فقد رویته عن محمّد بن علی الشاه بمروالرود، قال: حدّثنا أبو حامد أحمد بن محمّد بن أحمد بن الحسین، قال: حدثنا أبو یزید أحمد بن

(۱) تنقیح المقال: ۱/ ۱۵۵.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

خالد الخالدی، قال: حدّثنا محمّد بن أحمد بن صالح التمیمی قال: أخبر محمّد بن حاتم القطّان، عن حمّاد بن عمرو عن جعفر بن محمّد الخ.

قال: و رویته أیضاً عن محمد بن علی الشاه، قال: حدّثنا أبو حامد، قال: أخبرنا أبو یزید، قال: أخبرنا محمّد بن صالح التمیمی قال: حدّثنا أبی قال: حدّثنی أنس بن محمد أبو مالک عن أبیه عن جعفر بن محمّد. «۱»

و أمّا الثانی فلأنّ الظاهر أنّ المرفوع هو الوجوب بقرینهٔ أکثر ما جاء فیه من الأذان و الإقامهٔ و اتباع الجنازهٔ و عیادهٔ المریض، إلّا الحلق فإنّه محرّم علیها.

۲- ما رواه جابر عن الباقر علیه السلام: «و لا تولّی المرأة القضاء و لا تولّی الإمارة «۲» و هی مرسلة لا تصلح للاحتجاج.

۳- ما فی نهج البلاغة فی الوصیة التی کتبها الإمام لولده الحسن عند منصرفه من صفین بحاضرین: «و لا تملک المرأة ما جاوز نفسَها فإنّ المرأة ریحانة و لیست بقهرمانة» و المراد الأُمور الخارجة عن قدرتها. و کون القضاء من مصادیقه أمر مشکوک فلا یمکن التمسّک به.

نعم قال صلّی الله علیه و آله و سلَّم قُبیل تلک الجملة: «و إیّاک و مشاورة النساء فإنّ رأیهن إلی أفن «۳» و عزمهنّ إلی وهن». «۴» و لکن النهی عن المشاورة بمعنی أن تقع طرف المشاورة، و القضاء یجرها إلی المشاورة، لا أن تکون طرف المشاورة.

۴- ما رواه البخاری مسنداً و احتجّ به الأصحاب فی الکتب الاستدلالیة عن أبی بکرة قال: لقد نفعنی الله بکلمة سمعتها من رسول الله أیام الجمل بعد ما کدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأُقاتل معهم قال: لمّا بلغ رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلَّم أنّ أهل فارس قد

---

(۱) الفقیه، ج ۴، قسم المشیخة، ص ۱۳۴.

(۲) المجلسی: البحار: ۱۰۳/ ۲۵۴، الحدیث ۱.

(۳) الأفن بسکون الفاء: النقص و بالتحریک ضعف الرأی.

(۴) نهج البلاغة، قسم الرسائل: الرسالة ۳۳

ملّکوا علیهم بنت کسری قال: لن یفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة. «۱»

و الروایة علی فرض القبول لأجل استناد الأصحاب إلیها فی الکتب الاستدلالیة، تنهی عن الحکومة العامة و الولایة المطلقة علی البلد و المدینة و أین ذلک من مراجعة النساء لحلّ العقد، إلی امرأة فی قریة أو مدینة و من المعلوم أنّ ثبوت الحکم فی القوی لا یلازم ثبوته فی الضعیف.

إذا عرفت ذلک فلنا أن نقول بعد هذا البحث الضافی:

۱- إنّ کل واحد من هذه الأدلّة و إن کان غیر واف بالمراد، و غیر صالح للاستدلال، لکن حکم المجموع غیر حکم کل فرد، و لعلّ المجموع من حیث هو، کاف فی إفادة الاطمئنان علی عدم صلاحیتها للقضاء و هذه هی السیرة المستمرة بین الفقهاء فی أمثال المقام إذ ربما لا تکون الأدلّة إذا لوحظت بانفرادها مفیدة للاطمئنان لعدم خلوّها عن المناقشة لکن إذا لوحظت بصورة المجموع، ربّما تکون قوة دلالة البعض جابرة لضعف دلالة الآخر و بالعکس، أی قوّة سند البعض جابرة لضعف سند الآخر فیتفاعلان و یؤثران.

۲- التمسّک بالسیرة المستمرة بین المسلمین عبر القرون، فإنّ السیرة و إن کانت علی الإیجاب فی جانب الرجل، و هی بوحدتها لا تسلب الصلاحیة عن المرأة لکن استمرارها علی نصب الرجال دون النساء، ربّما تحمل بیاناً سلبیاً بالنسبة إلی المورد الآخر.

۳- إنّ الأصل الأوّلی فی باب القضاء هو عدم الجواز، فعلی القائل بالجواز إقامة الدلیل، لا علی النافی لما عرفت من أنّ الأدلّة الواردة فی زمان عدم بسط الید، واردة فی مورد الرجل أو منصرفة إلیها.

أضف إلی ذلک أنّ ممارسة القضاء للمرأة لا تخلو فی زماننا هذا عن

---

(۱) البخاری: الصحیح، ج ۶؛ کتاب المغازی/ ۱۰ و غیره.

مضاعفات تحطّ من منزلتها و کرامتها و تقواها و تجعلها فی مقربة ممّا لا تحمد عاقبته کما لا یخفی إلّا إذا حدَّدت أعمالها بتخصیص رجوع النساء إلیها. و لذلک یلزم علیهنّ الاشتغال فی مراکز تحفظ کرامتهن.

الشرط الثامن: الاجتهاد

اشارة

هـذا الشـرط يعبّر عنه تـارة بالاجتهـاد المطلق و أُخرى «بـالعلم بجميع ما وليه» و سـيوافيك أنّ الشـرط الواقعى هو صـدور القاضـى عن الكتاب و السـنة مباشـرة و هو لا ينطبق فى الأعصار المتأخرة إلّا على المجتهـد دون المقلِّد و ما يبـدو منّا من كون الشـرط هو الاجتهاد فهو من باب المجاراة للقوم فى الاصطلاح و إلّا فالشرط الواقعى هو ما ذكرناه.

و معنى الشـرط عدم صـلاحية المقلّد لتصدى القضاء و لا المتجزى، و هو معروف بين الأصحاب لم يخالف فيه إلّا المحقّق القمى عند الاضطرار على ما حكاه المحقق الرشتى فى قضائه «۱» و يظهر من صاحب الجواهر جواز تصدّى المقلّد فى موضع من كلامه «۲» و قبل الخوض فى الأدلّة نذكر كلمات الأصحاب:

۱- قـال الشـيخ فى الخلاف: لاـ يجوز أن يتولّى القضاء إلّا من كان عارفاً بجميع ما ولى و لا يجوز أن يشـذ عنه شـىء من ذلك، و لا يجوز أن يقلّد غيره ثمّ يقضـى به. و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عامياً و لا يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه و قال فى القـديم مثل ما قلناه. و قال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلًا بجميع ما وليه إذا كان ثقة و يسـتفتى الفقهاء و يحكم به، و وافقنا فى العامى انّه لا يجوز أن يفتى به. «۳»

---

(۱) الرشتى: كتاب القضاء: ۲۹.

(۲) النجفى: جواهر الكلام: ۴۰/ ۱۸.

(۳) الطوسى: الخلاف، ج ۳، كتاب القضاء، المسألة ۱.

۲- و قال فى النهايـة: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتّى يكون عاقلًا، كاملًا، عالماً بالكتاب و ناسـخه و منسوخه، و عامِه و خاصِّه و إيجابه، و محكمِه و متشابِهه، عارفاً بالسنّة و ناسخها و منسوخها، عالماً باللغة مضطلعاً بمعانى كلام العرب، بصيراً بوجوه الإعراب. «۱»

۳- و قال أبو الصـلاح الحلبى فى بيان شـروط القاضى: العلم بالحقّ فى الحكم المردود إليه، و التمكّن من إمضائه على وجهه، ثمّ قال: و اعتبرنـا العلم بـالحكم لما بيّناه من وقوف صـحّة الحكم على العلم، لكون الحاكم مخبراً، بالحكم عن الله سـبحانه، نائباً فى إلزامه عن رسول الله. «۲»

۴- و قال ابن البراج: و القضاء لا ينعقد للقاضى إلّا بأن يكون من أهل العلم و العدالة و الكمال، و كونه عالماً بأن يكون عارفاً بالكتاب و السنّة و الإجماع و الاختلاف و لسان العرب. «۳»

۵- و قال ابن إدريس: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتّى يكون عاقلًا، عالماً بالكتاب و ناسـخه و منسوخه إلى آخر ما ذكره الشيخ فى النهاية بلفظها. «۴»

۶- و قال المحقّق: و كـذا لا ينعقـد لغير العالم المسـتقل بأهليـة الفتوى و لا يكفيه فتوى العلماء و لا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه و فسّـره فى الجواهر بقوله: أى مجتهـداً مطلقـاً كمـا فسـره به فى المسالـك فلاـ يكفى اجتهـاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد.

۷- و قال «۵» العلامة فى القواعد: و لا المرأة إن أجمعت باقى الشـرائط و لا ولد الزنا و لا الجاهل بالأحكام و لا غير المسـتقل بشـرائط الفتوى و لا يكتفى بفتوى العلماء

(۱) الطوسی: النهایهٔ، کتاب القضایا و الأحکام: ۳۳۷.

(۲) الحلبی: الکافی: ۴۲۲۴۲۱.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۹۷.

(۴) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۵۴.

(۵) النجفی: الجواهر، ۴۰، قسم المتن: ۱۵.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۶۷

و یجب أن یکون عالماً بجمیع ما ولیه. «۱»

۸- و قال الشهید فی المسالک عند قول المحقّق: «و کذا لا ینعقد لغیر العالم» المراد بالعالم هنا المجتهد فی الأحکام الشرعیهٔ و علی اشتراط ذلک إجماع علمائنا و لا فرق بین حالهٔ الاختیار و الاضطرار ثمّ قال و المراد بکونه عالماً بجمیع ما ولیه کونه مجتهداً مطلقاً فلا یکفی اجتهاده فی بعض الأحکام دون بعض علی القول بتجزی الاجتهاد. «۲»

۹- و قال العاملی فی مفتاح الکرامهٔ عند شرح قول العلّامهٔ: «و یجب أن یکون عالماً بجمیع ما ولیه» فالاجتهاد دون التقلید قوهٔ قریبهٔ أو فعلًا فلا یکفی التجزی إجماعاً کما هو ظاهر المسالک و الکفایهٔ. «۳»

۱۰ و قال فی الجواهر عند شرح قول المحقّق: «و کذا لا ینعقد لغیر العالم المستقل بأهلیهٔ الفتوی» بلا خلاف أجده «۴» إلی غیر ذلک من الکلمات الحاکیهٔ عن اتّفاقهم علی شرطیهٔ الاجتهاد المطلق فی القضاء و سیوافیک من بعضهم ما یخالفه.

و قد اکتفی العلّامهٔ فی المختلف بنقل کلام الشیخ فی المبسوط علی تفصیله و لم یزد شیئاً علیه. «۵»

أدلّهٔ القول بشرطیّهٔ الاجتهاد

اشارهٔ

استدل القائل بشرطیهٔ الاجتهاد بأُمور:

الأوّل: الشهرهٔ الفتوائیهٔ المحقّقهٔ

لو لم نقل بوجود الإجماع من فقهائنا علیها

(۱) العاملی: مفتاح الکرامهٔ، ج ۱۰، قسم المتن: ۹.

(۲) الشهید الثانی: المسالک: ۲/ ۳۸۹.

(۳) العاملی: مفتاح الکرامهٔ: ۱۰/ ۹.

(۴) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۵.

(۵) العلّامهٔ: المختلف، کتاب القضاء، المسألهٔ ۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۶۸

و قد ذکرنا شیئاً من عبائرهم. لکن الاعتماد علیه مشکل لاحتمال استناد المجمعین علی ما سیوافیک من الأدلّهٔ النقلیهٔ.

الثانی: إنّ الأصل فی القضاء هو المنع و لم یخرج منه إلّا العالم بالحكم لا الحاكی عن الغیر

و تمامیهٔ الدلیل یتوقف علی دراسهٔ ما ورد من الأدلّهٔ فی المقام و هی روایات معدودهٔ

اشارهٔ

و نأتی بالمهمّهٔ منها:

الأُولی: مقبولهٔ عمر بن حنظلهٔ:

روی الكلینی عن محمّد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن عیسی، عن صفوان بن یحیی، عن داود بن الحُصین عن عمر بن حنظلهٔ قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجلین من أصحابنا بینهما منازعهٔ فی دین أو میراث فتحاكما إلی السلطان و إلی القضاهٔ أ یحلّ ذلک؟ قال: من تحاكم إلیهم فی حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلی الطاغوت، و ما یحكم له فإنّما یأخذ سحتاً، و إن كان حقّاً ثابتاً له، لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، و ما أمر الله أن یكفر به قال الله تعالی: (یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاكَمُوا إِلَی الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَكْفُرُوا بِهِ) «۱».

قلت: فكیف یصنعان؟ قال: «ینظران (إلی) من كان منكم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فلیرضوا به حكماً فانّی قد جعلته علیكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم یقبل منه فإنّما استخف بحكم الله، و علینا ردّ، و الرادّ علینا الرادّ علی الله، و هو علی حدّ الشرک بالله».

قلت: فإن كان كل واحد اختار رجلًا من أصحابنا فرضیا أن یكونا الناظرین فی حقّهما، و اختلفا فیما حكما و كلاهما اختلفا فی حدیثكم؟ قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فی الحدیث و أورعهما و لا یلتفت إلی ما یحكم به الآخر».

---

(۱) النساء/ ۶۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۶۹

إلی أن قال:

قلت: جعلت فداک أ رأیت إن كان الفقیهان عرفا حكمه من الكتاب و السنّهٔ، و وجدنا أحد الخبرین موافقاً للعامهٔ و الآخر مخالفاً لهم بأیّ الخبرین یؤخذ؟ فقال: «ما خالف العامّهٔ ففیه الرشاد». «۱»

أمّا من جاء فی السند فالكل غیر الأخیر أجلّاء ثقات و إلیک ترجمتهم إجمالًا:

۱- محمّد بن یحیی: هو العطار القمی شیخ الكلینی و قد أكثر الروایهٔ عنه.

۲- محمّد بن الحسین هو ابن أبی الخطاب أبو جعفر الزیات الهمْدانی جلیل من أصحابنا عظیم القدر، و كثیر الروایهٔ ثقهٔ عین حسن التصانیف مسكون إلی روایته «۲» المتوفی عام (۲۶۲) الثقهٔ.

۳- محمّد بن عیسی العبیدی الیقطینی الذی وثقه النجاشی و إن راب فی حقّه استاذ الصدوق ابن الولید و لا یعبأ به بعد توثیق النجاشی إیّاه و غیره.

۴- صفوان بن یحیی، ثقهٔ جلیل توفی عام (۲۱۰) غنی عن الترجمهٔ.

۵- داود بن الحصین الأسدی هو أسدی الولاء كوفی المولد، قال النجاشی: ثقهٔ روی عن أبی عبد الله و أبی الحسن و هو زوج خالهٔ علی بن الحسن الفضال «۳» و إن وصفه الشیخ بكونه واقفیاً، إلّا أنّ النجاشی لم یتعرّض لوقفه و هو أضبط، فلم یبق فی السند إلّا عمر بن حنظلهٔ و هو لم یوثق و حاول الشهید الثانی توثیقه بوجوه مذكورهٔ فی معجم رجال الحدیث «۴» و لكنّا فی المقام فی غنی عن

توثيقه فقد تلقّى المشهور هذه الرواية بالقبول و لأجل ذلك سمّيت مقبولة، و عليها المدار فى كتاب القضاء «۵» و إتقان الرواية يكشف عن صدورها عن الإمام عليه السلام، و قد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ و ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۲) رجال النجاشى ۲۲۰: ۲، برقم ۸۹۸.

(۳) رجال النجاشى ۳۶۷: ۱، برقم ۴۱۹.

(۴) الخوئى: معجم رجال الحديث ۱۳/ ۲۷، برقم ۸۷۲۰ فقد أتى بها و ضعّفها كلّها، فلاحظ.

(۵) و لعلّ ما رواه فى الوسائل فى الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲۰ عن داود بن

قلنا فى محلّه إنّ الملاك هو الوثوق بالصدور، لا الوثوق بالراوى.

هذا هو حال السند و إليك دراسة المتن فنقول:

و المستفاد منه أنّ القاضى لا بدّ أن يتمتّع بشروط يجب الأخذ بجميعها:

۱- يجب أن يكون شيعياً إمامياً لقوله عليه السلام: «إلى من كان منكم» و بما أنّ الزيدية كانت منفصلة عن الإمام الصادق يوم صدور الرواية فلا تعمّهم الرواية و لا أضرابهم كالإسماعيلية و يكون المراد الفقيه الإمامى.

۲- أن يحكم بحكمهم لقوله عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا» فلو كان موالياً لهم و لكن حكم بحكم فقهاء العامة، فلا ينفذ حكمه.

۳- أن يكون راوياً لحديثهم لقوله عليه السلام: «روى حديثنا» و المتبادر كونه ممارساً لأحاديثهم، لا أنّه روى حديثهم مرّة أو مرّات، و نقل الحديث مقدّمة للشرط الآتى.

۴- أن يكون صاحب النظر و الفكر فى الحلال و الحرام لقوله عليه السلام: «نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» و ليس المراد من النظر، الالتفات إليهما سطحياً، بل النظر فى الحلال و الحرام و الحكم الشرعى المروى عنهم بإمعان و دقّة قال سبحانه: (فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانْظُرُوا كَيْفَ كٰانَ عٰاقِبَةُ الْمُكَذِّبِينَ*) (آل عمران/ ۱۳۷) و ممّا يؤيّد ذلك، استعمال لفظ «عرف» فانّه لا يستعمل إلّا فى المورد الذى سبقه الاشتباه و الاختلاط و كل ذلك يخصّ المقبولة، بصاحب النظر المعبّر عنه بالمجتهد.

۵- و بما أنّ الجمع المضاف يفيد العموم، فلا يكفى العلم بواحد أو اثنين من أحكامهم، بل يجب أن يكون على حدّ يقال إنّه عارف بأحكامهم و هو الفقيه العارف باستنباط جميع ما يبتلى به، و عند ذاك تكون المقبولة ظاهرة فى المجتهد

الحصين عن أبى عبد الله بلا وساطة عمر بن حنظلة جزء من هذه الرواية، و ليس حديثاً مستقلّا سقطت الواسطة فيها.

المطلق و قسم من المتجزئ.

۶- و يؤيد ذلك الظهور قوله: كلاهما اختلفا فى حديثكم فلو أُريد الاختلاف فى مضمون الحديث فهو شأن الفقيه و إن أُريد الاختلاف فى نقل الحديث فهو أيضاً لا ينفك عن الاجتهاد غالباً و إن لم يكن دائماً كذلك.

۷- و يؤيد أيضاً قوله: «فالحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما».

۸- و قوله: أ رأيت الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب و السنّة.

و الناظر فى جميع القيود الواردة فى المقبولة يقف على أنّ الإمام عليه السلام نصب الفقيه الإمامى الذى يمارس الأحاديث و ينظر فى الحلال و الحرام و يعرف الأحكام الصادرة عن الأئمة و يصدر فى فتياه عن الكتاب و السنّة، قاضياً. و هذا لا ينطبق إلّا على الفقيه

المستنبط لجمیع الأحکام الشرعیة او ما یقاربه فیما تبتلی به الأمّة فی فترات مختلفة.

الثانیة: مشهورة أبی خدیجة الأُولی

روی الشیخ بإسناده عن محمّد بن علی بن محبوب، عن أحمد بن محمّد، عن الحسین بن سعید، عن أبی الجهم، عن أبی خدیجة. قال: بعثنی أبو عبد اللّه علیه السلام إلی أصحابنا فقال قل لهم: «إیّاکم إذا وقعت بینکم خصومة أو تداری فی شیء من الأخذ و العطاء أن تحاکموا إلی أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بینکم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً، و إیّاکم أن یخاصم بعضکم بعضاً إلی السلطان الجائر». «۱»

و الحدیث لا غبار علیه من حیث السند فإنّ محمّد بن علی بن محبوب الأشعری ثقة عین فقیه کما قاله النجاشی و أمّا الباقون أعنی أحمد بن محمّد،

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۷۲

و الحسین بن سعید فلم یشکّ فی وثاقتهما أحد و أمّا أبو الجهم فهو أخو زرارة و اسمه بکیر بن أعین من أصحاب الصادق علیه السلام و لما بلغه موته قال فی حقّه: أما و الله لقد أنزله الله بین رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم و أمیر المؤمنین علیه السلام «۱» و من أحفاده حسن بن الجهم.

ربما یقال: السند بظاهره مخدوش بوجهین:

۱- کیف یصحّ أن یروی حسین بن سعید الأهوازی عن أبی الجهم المتوفی فی عصر الصادق علیه السلام فإنّ الحسین بن سعید من أصحاب الإمام الرضا و الجواد و الهادی علیهم السّلام و توفی الإمام الرضا عام ۲۰۳، و الإمام الجواد عام ۲۲۰ و الهادی عام ۲۵۴ فکیف تصحّ روایته عمّن توفی فی عصر الإمام الصادق علیه السلام الذی توفی عام ۱۴۸ ففی السند سقط.

و لکن یمکن أن تستظهر الواسطة من سائر الروایات التی نقل فیها الحسین ابن سعید عن بکیر بواسطة أو بوسائط و إلیک أسماءهم:

ا حریز بن عبد الله عن بکیر. «۲»

ب ابن أبی عمیر عن عمر بن أُذینة عن بکیر. «۳»

ج حمّاد بن عیسی عن حریز عن عبد الله عن بکیر. «۴»

د صفوان عن عبد الله بن بکیر عن أبیه بکیر بن أعین. «۵»

ه حمّاد بن عیسی عن عمر بن أُذینة عن بکیر. «۶»

و هؤلاء کلّهم ثقات

---

(۱) الکشی: ۱۸۱.

(۲) التهذیب، ج ۲، ص ۲۵۵، رقم ۱۰۱۲.

(۳) الاستبصار، ج ۱، ص ۶۱، رقم ۱۸۲.

(۴) الاستبصار، ج ۱، ص ۲۴۸، رقم ۸۹۲ و یحتمل أن یکون لفظ «عن» مصحف «بن» فالمراد حریز ابن عبد الله کما یحتمل أن یکون المراد عبد الله بن بکیر.

(۵) الاستبصار، ج ۱، ص ۴۳۰، رقم ۱۶۶۰.

(۶) الاستبصار، ج ۲، ص ۲۷۰، رقم ۹۶۰.

و ربّما یتخیّل أنّ المکنّی بأبی الجهم غیر «بکیر» و أنّ المراد هو «ثویر بن أبی فاختة» و لکنّه لا یذب الإشکال لأنّه من أصحاب السجّاد و الباقر و الصادق و أبوه یروی عن علی. و لا طریق للتعیین إلّا التمیز عن طریق الراوی عنه، و لو مع الواسطة، و لیس لحسین بن سعید روایة عن أبی الجهم باسم ثویر بن فاختة، فتعین کون المروی عنه بکیراً.

۲- إنّ سالم بن مکرم (بالفتح و إن کان المعروف علی الألسن هو الکسر)، الذی یکنّی بأبی خدیجة تارة و أبی سلمة أُخری و قد کنّاه به أبو عبد الله علیه، اختلفت فیه کلمة الرجالیین.

قال النجاشی بعد ذکر کنیته: إنّه ثقة، ثقة روی عن أبی عبد الله و أبی الحسن علیهما السَّلام. «۱»

و قال الکشی: سألت أبا الحسن علی بن الحسن عن اسم أبی خدیجة قال: سالم بن مکرم فقلت له: ثقة؟ فقال: صالح، ثمّ ذکر أنّ أبا عبد الله قال له: لا تکنی بأبی خدیجة. قلت: فبم أکتنی؟ قال: بأبی سلمة. «۲»

و عدّه البرقی من أصحاب الصادق علیه السلام قائلًا: أبو خدیجة و یکنی أبا سلمة ابن مکرم.

هؤلاء الأقطاب الثلاثة من علماء الرجال اتفقوا علی أمر و هو:

اتفق الکشی و النجاشی علی أنّه ثقة و صالح.

إنّ أبا سلمة کنیة نفس أبی خدیجة أی سالم، و لیس کنیة لأبیه (مکرم) بل الإمام الصادق علیه السلام کنّاه بأبی سلمة. و علی رأی هؤلاء فهو مقبول الروایة.

و أمّا التضعیف فقد نقله العلّامة عن الشیخ فقال: قال الشیخ إنّه ضعیف

---

(۱) النجاشی: الرجال ۱/ ۴۲۲۴۲۱، برقم ۴۹۹.

(۲) الکشی: الرجال/ ۳۰۱، برقم ۲۰۱.

و قال فی موضوع آخر: إنّه ثقة ثمّ قال: الوجه عندی التوقف. «۱»

و الظاهر أنّ الذی ضعّفه الشیخ غیر الذی وثّقه الکشی و النجاشی و یعلم بالمراجعة إلی عبارته فی کتابی الرجال و الفهرست.

قال فی الأوّل: سالم بن مکرم أبو خدیجة الجمّال الکوفی مولی بنی أسد. «۲»

و قال فی الفهرست: سالم بن مکرم یکنی أبا خدیجة، و مکرم یکنی أبا سلمة ضعیف إلی أن قال فی بیان طریقه إلی کتابه ... عن عبد الرحمن بن أبی هاشم البزاز عن سالم بن أبی سلمة و هو أبو خدیجة. «۳»

تری أنّ الشیخ جعل أبا سلمة کنیة أبیه (مکرم) مع أنّ الأقطاب الثلاثة اتّفقوا علی کونه کنیة لنفس سالم فتخیّل الشیخ أنّ أبا خدیجة، هو سالم بن أبی سلمة الذی ضعّفه ابن الغضائری و النجاشی، قال الأوّل: روی عنه ابنه، لا یعرف روی عنه غیره ضعیف جداً. «۴»

و قال النجاشی: سالم بن أبی سلمة الکندی السجستانی حدیثه لیس بنقی و إن کنّا لا نعرف منه إلّا خیراً له کتاب، ثمّ ذکر سنده إلی الکتاب و انتهی إلی قوله: «حدّثنا محمّد بن سالم بن أبی سلمة عن أبیه بکتابه». «۵»

و الذی دفع الشیخ إلی تضعیفه تصوره اتحادهما، و أنّ سالم بن مکرم هو سالم ابن أبی سلمة الذی اتفقوا علی ضعفه.

فأصبحت الروایة بحمد الله صالحة للاستناد.

---

(۱) الخلاصة: القسم الثانی: ۲۲۷. سیوافیک تنصیص الشیخ فی الفهرست علی الضعف.

(۲) الطوسى: الرجال/ ۲۰۹. باب السين، برقم ۱۱۶.

(۳) الفهرست: ۱۰۵، برقم ۳۳۹.

(۴) العلّامة: الخلاصة، القسم الثانى: ۲۲۸، برقم ۴ فى باب سالم.

(۵) النجاشى: ۱/ ۴۲۷، برقم ۵۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۷۵

هذا كله حول السند

و أمّا دراسة المتن فالظاهر من قوله: «عرف» هو المعرفة الفعلية لكون مبادى الأفعال ظاهرة فيها، و قوله: «حلالنا و حرامنا» ظاهر فى العموم و لو لم يصح حمله على الاستغراق العقلى لأجل عدم كون الرواة فى ذلك الزمان عارفين بجميع الأحكام، فلا محيص عن حمله على الاستغراق العرفى فيكون الموضوع هو العارف بالحلال و الحرام فعلًا، على حدّ يقال فى حقّه قد عرف حلالنا و حرامنا، و بما أنّ مادّة العرفان تستعمل فى الموارد التى تشتبه فى أوّل الأمر ثمّ يقف الإنسان على الصحيح، فالمراد منه من له قوّة عرفان الحقّ عن الباطل و من يعرف من بين المشتبهات، الحقّ عن الباطل، و الحلال عن الحرام و هو يعادل صاحب النظر فلا يعم المقلّد.

و أمّا شموله للمجتهد المتجزئ فسيوافيك الكلام فيه.

الثالثة: مشهورة أبى خديجة الأخرى

روى الصدوق فى الفقيه بإسناده عن أحمد بن عائذ أبى حبيب الأحمسى البجلى الثقة، عن أبى خديجة سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليهما السَّلام: «إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً فتحاكموا إليه». «۱» و رواه فى الكافى غير أنّه قال: مكان (قضايانا) قضائنا. ۲

و الرواية صحيحة و سند الصدوق إلى أحمد بن عائذ فى الفقيه بالشكل التالى: عن أبى، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن على

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۷۶

الوشّاء، عن أحمد بن عائذ. «۱» و الكل غير أحمد من أجلاء الأصحاب و عيونهم و أمّا أحمد فيكفى فى وثاقته قول النجاشى فى حقّه: «مولى ثقة كان صحب أبا خديجة سالم بن مكرم و أخذ عنه و عرف به». «۲» و لا- يشك فى وثاقة الحسن بن على الوشاء إلّا غير العارف بأساليب التوثيق فى علم الرجال فإنّه و إن لم يصرّح بوثاقته و لكن جاء فى ترجمته ما يفيد أنّه كان فى الدرجة العالية منها و هذا النجاشى يعرفه: «بأنّه من وجوه هذه الطائفة». و قد قلنا فى كتابنا «كليّات فى علم الرجال» أنّ هذا النوع من التعابير، يفيد أنّه فى الدرجة العالية من الوثاقة.

ثمّ إنّه يستدلّ بها تارة على شرطية الاجتهاد، و أُخرى على كفاية التجزى فى الاجتهاد.

أمّا الأوّل فهو مبنى على كون المقلِّد جاهلًا لا عالماً و لو لا كونه كذلك لما وجب عليه الرجوع إلى العالم، أو تفسير العلم بالاعتقاد الجازم و المقلّد يفقده.

و كلا-الوجهين غير تامّين، أمّا الأوّل فلأنّا نمنع كونه جاهلًا بعد الرجوع إلى العالم، و أمّا الثانى، فلأنّه مبنى على تفسير العلم بالاعتقاد الجازم مع أنّه فى لسان الأئمّة بمعنى الحجّة و المقلّد بعد الرجوع إلى العالم واجد له و الحاصل أنّ استظهار شرطية الاجتهاد من الرواية

مشكل.

نعم صدور هذا المتن بعد احتمال اتحاد الروايتين مشكوك، فلا يمكن الاستناد إليه بعد اختلافهما فى شرطيّة الاجتهاد و عدمها و الحاصل: لمّا كان المتن مشكوك الصدور فهى غير صالحة للاحتجاج لا فى المقام (شرطية الاجتهاد و عدم كفاية التقليد) و لا فى المقام الآتى اعنى كفاية الاجتهاد غير المطلق، و أمّا الثانى فسيوافيك فى محلّه.

---

(۱) الفقيه: ۴، قسم المشيخة، ص ۱۲۵.

(۲) النجاشى: الرجال ۱/ ۲۴۹ برقم ۲۶۴.

الرابعة: التوقيع الرفيع

التوقيع الرفيع الذى رواه الصدوق فى كمال الدين، عن محمّد بن محمّد بن عصام، عن محمّد بن يعقوب، عن اسحاق بن يعقوب قال: سألت محمّد بن عثمان العمرى أن يوصل لى كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علىّ فورد التوقيع بخطّ مولانا صاحب الزمان عليه السلام: «أمّا ما سألت عنه أرشدك الله و ثبّتك إلى أن قال: و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنّهم حجتى عليكم و أنا حجّة الله». «۱»

و الاحتجاج رهن دراسة الحديث سنداً و متناً.

أمّا محمّد بن محمّد بن عصام، فهو أيضاً «كلينى» و من مشايخ الصدوق كما هو ظاهره فى كتاب كمال الدين، و قال فى مشيخة الفقيه: و ما كان فيه عن محمّد بن يعقوب الكلينى فقد رويته عن محمّد بن محمّد بن عصام الكلينى، و على بن أحمد ابن موسى، و محمد بن أحمد الشيبانى رضى الله عنهم «۲» و اعتماد الصدوق و الترضية عليه لعلّه يعرب عن كونه ثقة عنده. و ليس له فى كتب الرجال عنوان سوى هذا.

و أمّا إسحاق بن يعقوب، فهو أخو الكلينى و قد ورد السلام عليه فى التوقيع بلفظ «و السلام عليك يا إسحاق بن يعقوب الكلينى» «۳» و التسليم و إن كان لا يدل على شيء لأنّ الراوى هو نفسه لكن القرائن تشهد على الاعتماد عليه و التوقيع الذى يرويه.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۹.

(۲) الفقيه: ۴، قسم المشيخة، ص ۱۱۶ ط دار الكتب الاسلامية و فيه «السنائى» مكان الشيبانى.

(۳) الطوسى: الغيبة ۱۷۶، كمال الدين: ۲/ ۴۸۲.

و أمّا المضمون ففيه احتمالات:

۱- المراد من الحوادث، ما يرجع فيه إلى الحكّام و القضاة كأموال الغُيَّب و القُصَّر.

۲- ما يتفق من المسائل التى لا يعلمون حكمها حيث كانوا يرجعون إلى الأئمّة فنص الإمام بلزوم الرجوع إلى الرواة.

۳- حوادث خارجية معيّنة اتّفقت فى تلك الأيام لا تعلم خصوصياتها.

و الثالث ضعيف فيدور الأمر بين الأوّلين و الاستدلال متوقّف على كون المراد ما يرجع فيه إلى الحكّام و القضاة نعم على فرض الثبوت لم تكن الرواة يوم ذاك أشخاصاً عاديين بل كانوا ممارسين للأحاديث و بالتالى كانوا علماء و لأجل ذلك استأهلوا أن يكونوا حجج الإمام عليه السلام.

الخامسة: مرسلة الحرّانى

روى أبو محمّـد الحسن بن شعبة الحرّانى فى كتابه «تحف العقول عن آل الرسول» عن الإمام السبط الشهيد الحسين بن على عليهما السَّلام قال: و يروى عن أمير المؤمنين و مضمون الخطبة بأجمعها يدل على أنّها ألقيت فى عصر السبط و ممّا جاء فيها قوله: «... و قد ترون عهود الله منقوضة فلاـ تفزعون، و أنتم لبعض ذمم آباءكم تفزعون، و ذمة رسول الله محقورة، و العُمْى و البُكْم و الزمنى فى المدائن مهملة لا تُرحمون، و لا فى منزلتكم تعلمون، و لا من عمل فيها تعينون، و بالادّهانِ و المصانعة عند الظلمة تأمنون، كل ذلك مما أمركم الله به من النَّهى و التناهى و أنتم عنه غافلون.

و أنتم أعظم الناس مصيبة لما غُلِبْتُم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأنّ مجارى الأُمور و الأحكام على أيدى العلماء بالله، الأُمناء على

حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة و ما سُلِبتم ذلك إلّا بتفرقكم عن الحق، و اختلافكم فى السنّة بعد البيّنة الواضحة». «١»

و ملاحظة مجموع الكلام من أوّله إلى آخره يثبت أنّ المراد من الأُمور، فى قوله: «مجارى الأُمور» هو ما كان يقوم به الخلفاء بعد رسول الله فى قيادة الأُمّة و أنّ الإمام يُنـدِّد بهم و بأعمالهم و يقول: إنّ هذه الأُمور شأن طبقة خاصة و هم: العلماء بالله، الأُمناء على حلاله و حرامه، و المراد من العالم بالله، من درس التوحيد الذاتى و الصفاتى و الأفعالى حتى صار عالماً به، و شرب من منهل العلم و أملأت قلبه الخشية و الخوف قال سبحانه: (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) (فاطر/ ٢٨) فصار أميناً على حلاله و حرامه، و لا ينطبق ذلك إلّا على الأقل من الطبقة من العلماء فضلًا عن المقلّد.

سؤال و إجابة

إنّ دلالة هذه الروايات على لزوم اتصاف القاضى بكونه حاكماً بالكتاب و السنّة، و قاضياً بما يفهمه من الأدلّة، واضحة فلا يشمل العناوين الواردة فيها المقلِّد، لكن هنا سؤال و هو عدم وجود الاجتهاد الرائج، فى عصر الأئمّة و أقصى ما يدلّ عليه ما سبق من الأدلّة، كون القاضى صادراً عن الكتاب و السنّة، و أمّا كونه مستنبطاً فلا و عندئذ يصبح نفوذ قضاء المجتهد بالمعنى الاصطلاحى بلا دليل.

و الإجابة عنه واضحة، لأنّ ما هو الشرط هو الصدور عن الأدلّة الشرعية، و القضاة فى ذلك العصر، و المجتهدون فى أعصارنا كلهم يصدرون عنهما، غير أنّ فهم المصدرين الرئيسيين و الصدور عنهما كان فى ذلك الزمان قليل المؤنة لكنّه أصبح فى عصرنا كثيرها و ليس بين العملين فرق جوهرى إلّا ببذل الجهد القليل،

---

(١) الحرّانى: تحف العقول: ٢٣٨. ط النشر الإسلامى.

و الكثير و قد أوضحنا حاله فى رسالتنا فى الاجتهاد و التقليد، و أمّا المقلّد فليس يصدر عن الكتاب و السنّة و إن كان ينتهى إليهما نهاية لكنّ المراد الصدور عنهما بالمباشرة و ستوافيك زيادة توضيح لهذا الجواب عند البحث عن تصدّى المقلّد مهمّة القضاء، فانتظر.

و ربّما يظهر من بعضهم التفرقة بين ما يصدر القاضى فى قضائه عن الكتاب و السنّة، و ما يصدر عن الأُصول العقلية كالبراءة العقلية أو التخيير العقلى بين المحذورين أو المتزاحمين و الإجماعات المنقولة و الشهرات المحكيّة فإنّه لا يصدق فيها الحكم بحكمهم ...

يلاحظ عليه: أنّ المراد الصدور عن حجّة شرعية و الكل من مصاديقها و ذكر الكتاب و السنّة لأجل أنّهما من الحجج الشرعية.

فى صلاحية المتجزئ لممارسة القضاء

قد عرفت أنّ لسان الأكثر ناظر إلى شرطية الاجتهاد المطلق أى وجود القدرة على استخراج الحكم من الكتاب و السنّة فى كل ما يرجع إليه و شمول ذلك للمتجزى بعيد جدّاً. نعم لو بلغ المتجزى مرتبة يستطيع معها، على استنباط أحكام كثيرة و إن كان لا يستطيع استنباط جميعها، فلا يبعد صدق العناوين الماضية عليه أعنى:

۱- «نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» فى مقبولة عمر بن حنظلة.

۲- «قد عرف حلالنا و حرامنا ...» فى المشهورة الأُولى لأبى خديجة.

۳- «فارجعوا إلى رواة أحاديثنا» فى التوقيع الرفيع عن صاحب الزمان عليه السلام.

۴- «مجارى الأُمور بيد العلماء بالله، الأُمناء على حلاله و حرامه» فى الكلام المنسوب إلى السبط الشهيد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۸۱

فإنّ هذه العناوين صادقة لمرتبة خاصة من التجزى فلا يشترط الاجتهاد المطلق، و يؤيد ذلك أُمور:

۱- إنّ القضاة التى كانت الشيعة تفزع إليهم فى تلك الأيام، لم يكونوا إلّا فى هذه الدرجة من العلم و العرفان، و لم يكن لهم معرفة فعلية لجميع الأحكام، لتفرّق الروايات بين الرواة، و عدم وجود جامع بين الحكّام حتى يكونوا متدرعين بالعلم بجميع الأحكام.

۲- كان الأمر فى عصر النبىّ و الوصىّ عليهما السَّلام أيضاً كذلك فقد بعث النبى معاذاً، إلى الجبل و قال له: «كيف تقضى إذا عرض لك القضاء؟» قال: أقضى بكتاب الله قال: «فإن لم تجد فى كتاب؟»، قال: بسنّة رسول الله ... «۱» أ تظن أنّ معاذاً كان مسلّطاً على جميع الأحكام المشرّعة إلى يوم ذاك.

۳- كتب الإمام إلى واليه مالك الأشتر فى عهده و قال: «ثمّ اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك فى نفسك ممن لا تضيق به الأُمور و لا تمحكه الخصوم إلى أن قال: و أوقفهم فى الشبهات و آخذهم بالحجج». «۲» و هل كانت مصر فى ذلك اليوم تطفح بفقهاء و مجتهدين عارفين جميع الأحكام الشرعية، و إنّما كانوا يحفظون من الكتاب و السنّة و عمل الصحابة أشياء يقضون به و لو كان الاجتهاد المطلق شرطاً، لعطّل باب القضاء فى مصر.

نعم كلّما تقدّمت الحضارة الإسلامية، و تفتحت العقول و ازداد العلماء علماً و فهماً، تسنَّم منصَّة القضاء من له خبروية كاملة فى الفقه، و علم بحدود الشريعة علماً محيطاً، و لم يكن ذلك بوازع دينى، بل كان نتيجة سير العلم و تقدّم الثقافة.

نعم قد أخذ القضاء فى عصرنا لوناً فنّياً، و صار عملًا يحتاج إلى التدريب و التمرين فلا مناص عن إشراف قاض مدرّب و مجرّب على عمل القضاة المتجزءين

---

(۱) الجزرى: جامع الأُصول: ۱۰/ ۵۵۱.

(۲) نهج البلاغة، قسم الرسائل، برقم ۵۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۸۲

فى الاجتهاد، حتى يحصل لهم قدم راسخ فى مجال القضاء.

الاستدلال على كفاية التجزى برواية أبى خديجة الثانية

و ربّما يستدل على كفاية التجزى، بمشهورة أبى خديجة الثانية الماضية حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً». «۱»

و لكن خطورة الموقف و معضلة بعض المسائل كتعيين المدّعى و المنكر فى بعض الموارد و صحّة القضاء بالنكول أو بعد ردّ اليمين أو غير ذلك من المسائل المهمّة تدفعنا إلى تفسير الحديث بالمتجزى الممارس للفقه مدّة لا يستهان بها و إن لم يبلغ مرتبة الاجتهاد المطلق.

على أنّه يحتمل اتحاد الحديثين المختلفين فى اللسان، إذ أحد اللسانين (عرف أحكامنا) يطلب للقضاء مرتبة عليا من التجزى بخلاف اللسان الآخر (يعلم شيئاً من قضايانا) و بما أنّ الصادر مردّد بين الأمرين نأخذ بالقدر المتيقّن و هو المرتبة العليا من التجزى و تبقى المرتبة الدانية تحت الأصل الأوّلى و هو المنع، و لو لا هذا الأصل لانقلب الأمر إلى العكس، أى نأخذ بالأقل فى مقام الشرطية دون الأكثر، بإجراء البراءة من شرطية المرتبة العلياء فتدبّر.

ثمّ إنّه ربّما استشكل على الاستدلال بها على كفاية المتجزئ بالنحو التالى:

۱- إنّ القلّة المستفادة فى قوله: «شيئاً» إنّما هو بالنسبة إلى علومهم و إن كان كثيراً فى حدّ نفسه. «۲»

يلاحظ عليه: أنّه خلاف المتبادر، فإنّها وردت فى مجال ردع الشيعة عن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

(۲) مبانى تكملة المنهاج: ۱، ص ۸.

الرجوع إلى غيرهم و عندئذ يخاطب الإمام شيعته بأنّه يكفيهم أن يرجعوا إلى من يعلم شيئاً من قضاياهم. و عند ذلك يناسب جعل الملاك هو نفس علم الراوى قلّة و كثرة، لا علم الإمام كما لو قال إنسان ناصح مشفق لأخيه: إذا لم تستطع على العمل الكبير فعليك بما فى وسعك، فكأنّ الإمام عليه السلام يقول: إذا فاتكم الرجوع إلى هؤلاء الحكّام لأخذ الحقوق، فلا يفوتنّكم الرجوع إلى عالم شيعى يعلم شيئاً من قضايانا.

۲- إنّ الرواية ناظرة إلى القاضى الذى اختاره الطرفان لفصل الخصومة، فلو دلّت على كفاية التجزى فإنّما تدل فى مورد قاضى التحكيم لا ـ المنصوب ابتداء و ذلك لأنّه فرّع قوله: «فإنّى قد جعلته قاضياً إلى قوله فاجعلوه بينكم» فتكون النتيجة كفاية التجزى فى قاضى التحكيم لا المنصوب. «۱»

يلاحظ عليه: بأنّه ليس الهدف من قوله عليه السلام: «فاجعلوه بينكم» كونه قاضياً مجعولًا من قبل المتخاصمين حتى تختصّ الرواية به بل هو يهدف إلى معنى آخر. و ذلك لأنّ القاضى المنصوب من قبل السلطة و الدولة ينفذ حكمه مطلقاً سواء أرضى الطرفان بحكمه أم لا، بخلاف القاضى الذى يرجع إليه المتخاصمان من الشيعة، فلا يمكن نفوذ حكمه إلّا بتحقق رضا الطرفين به، لا أنّ لرضائهما به مدخلية فى الحكم و الجعل بل لأنّ التنفيذ فرع الرضا و بعبارة أُخرى؛ إنّ الإمام نصب كل من يعلم شيئاً من قضاياهم للحكم و القضاء و لكن تحقق الغاية رهن رضا الطرفين بحكمه و خضوعهما له. بعد عدم قوّة تقهر المتخاصمين على القبول. و لأجل ذلك قدّم قوله: «فاجعلوه بينكم» و هو لازم الظروف التى وردت فيها الرواية.

***

---

(۱) مبانى تكملة المنهاج: ۱/ ۸.

المقلِّد و منصَّة القضاء

اشارهٔ

تمّ الکلام فی نفوذ قضاء المجتهد، مطلقاً کان اجتهاده، أو غیر مطلق و حان حینُ البحث عن قضاء المقلِّد فنقول:

تصدی المقلِّد لمهمهٔ القضاء یتصوّر علی وجوه أربعهٔ:

۱- أن یستقلّ بالحکم و القضاء.

۲- أن یکون منصوباً من جانب المجتهد و عندئذ یقع الکلام فی جواز نصبه للقضاء و عدمه.

۳- أن یکون وکیلًا عن المجتهد، و الفرق بین النصب و الوکالهٔ واضح، فإنّ النصب مستند إلی سعهٔ ولایهٔ المجتهد حتی بالنسبهٔ إلی نصب العامی للقضاء و أمّا التوکیل، فلیس التوکیل فی المقام إلّا کالتوکیل فی سائر الأُمور.

و بعبارهٔ أُخری: انّ عمل العامی مع النصب، عمل نفسه، لا عمل الناصب، بخلاف الوکیل فإنّ عمله، عمل الموکّل.

۴- أن یتصدی للقضاء عند الاضطرار و عدم التمکّن من الرجوع إلی المجتهد.

و إلیک الکلام فی هذه الوجوه واحداً تلو الآخر:

أ- استقلال المقلّد فی القضاء

اشارهٔ

مقتضی الأصل الأوّلی هو المنع و لم یخرج منه إلّا المجتهد بکلا قسمیه، و القول بجواز استقلاله یحتاج إلی دلیل خصوصاً إذا کانت هناک شبههٔ حکمیهٔ و لا یدری أنّ مجراها أصل البراءهٔ أو الاحتیاط أو مقتضی الاستصحاب أو إذا کان تشخیص المدّعی عن المنکر أمراً عویصاً متوقفاً علی إعمال قواعد حسب ما

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۸۵

قالوا، فإنّ القیام بحلّ هذه الأُمور العویصهٔ خارج عن طاقهٔ المقلّد، إلّا إذا تربّی تحت ید قاض مدّهٔ لا یستهان بها، و شاهد القضایا و وقف علی حکمها من کثب و عرف حکم الأمثال و الأضداد و هو قلیل جدّاً و مع ذلک، فقد استدل علی جواز استقلاله بالقضاء بالوجوه التالیهٔ:

۱- إطلاق أدلّهٔ الأمر بالمعروف

إذا کان القضاء من شعب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فتکفی فی جواز تصدیه، إطلاقات أدلّتهما نظیر قوله: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ یَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ یَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْکَرِ) (التوبهٔ/ ۷۱).

یلاحظ علیه: أنّ مورد أدلّتهما، هو الدعوهٔ إلی التکلیف الثابت للمکلّف مع قطع النظر عن قضاء القاضی، کما إذا رأی إنساناً یغتاب أو یکذب أو یظلم و هذا هو الذی یجب علی المؤمن و المؤمنهٔ تحت شرائط، و أمّا التکلیف الذی یقتضیه حکم القاضی بحیث لولاه، لما کان هناک تکلیف، فلا تشمله الأدلّهٔ العامّهٔ للأمر بالمعروف مثلًا إذا اختلف العامل و المالک فقال الأوّل: رددت رأس المال، و أنکره المالک فلیس هنا أی تکلیف متوجه إلی العامل بعد ادعاء ردّ المال و إنّما یتوجه إلیه التکلیف بالردّ، بعد قضائه بأنّ القول قول المالک مع حلفه، فعندئذ یتوجّه علیه تکلیف بالرّد، بعد ما لم یکن أیّ تکلیف قبل القضاء فمثل هذا لیس مشمولًا لأدلّتهما.

و إن شئت قلت: إنّ مورد أدلّتهما ما إذا اتفقا الآمر و المأمور علی وجود التکلیف فیقوم أحدهما بالدعوهٔ لاما إذا أنکر أحدهما أصل التکلیف، کما هو الحال قبل القضاء.

۲- إطلاق الحکم بالحقّ و العدل

اشارة

إنّ المستفاد من الکتاب و السنّة صحّة الحکم بالحقّ و العدل و القسط من

کل المکلّفین، قال الله تعالی: (إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانَاتِ إِلی أَهْلِهَا وَ إِذا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ۵۸).

(یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَ لَا یَجْرِمَنَّکُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلی أَلّا تَعْدِلُوا) (المائدة/ ۸).

(یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلی أَنْفُسِکُمْ أَوِ الْوالِدَیْنِ وَ الْأَقْرَبِینَ إِنْ یَکُنْ غَنِیًّا أَوْ فَقِیراً فَاللّهُ أَوْلی بِهِمَا فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوی أَنْ تَعْدِلُوا وَ إِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللّهَ کانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِیراً) (النساء/ ۱۳۵).

و مفهوم قوله تعالی: (وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ فَأُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُونَ) (المائدة/ ۴۷) و فی أُخری (... هُمُ الْکافِرُونَ) (المائدة/ ۴۴) إلی غیر ذلک من الآیات الکریمة.

و قال الصادق علیه السلام: «القضاة أربعة: ثلاثة فی النار و واحد فی الجنّة: رجل قضی بجور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بجور و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحقّ و هو لا یعلم، فهو فی النار، و رجل قضی بالحقّ و هو یعلم فهو فی الجنّة». «۱»

و قال: «الحکم حکمان: حکم الله و حکم أهل الجاهلیة، فمن أخطأ حکم الله حکم بحکم الجاهلیة». ۲

۳- و قال أبو جعفر علیه السلام: «الحکم حکمان: حکم الله عزّ و جلّ و حکم أهل الجاهلیة، و قد قال الله عزّ و جلّ: (وَ مَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللّهِ حُکْماً لِقَوْمٍ یُوقِنُونَ) (المائدة/ ۵۰) و أشهد علی زید بن ثابت لقد حکم فی الفرائض بحکم الجاهلیة». ۳

إلی غیر ذلک من النصوص البالغة بالتعاضد أعلی مراتب القطع الدالّة علی

---

(۱) ۱ و ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶، ۷، ۸.

أنّ المدار الحکم بالحقّ الذی هو عند محمّد و أهل بیته صلوات الله علیهم و أنّه لا ریب فی اندراج من سمع منهم علیهم السَّلام أحکاماً خاصّة مثلًا و حکم بها بین الناس فیها و إن لم تکن له مرتبة الاجتهاد.

یلاحظ علی الجمیع:

أنّ الآیات و الروایات لیست بصدد بیان شرائط الحاکم و خصوصیاته حتی یتمسّک بإطلاقها و إنّما هی بصدد بیان أمر آخر.

فالآیة الأُولی و الثانیة بصدد بیان خصوصیات الحکم و أنّه یجب أن یکون حکماً بالعدل و قضاءً بالقسط و أن لا یخاف الحاکم من شنئان قوم فیحکم علی خلافهما و أین هما من بیان خصوصیات الحاکم حتی یتمسّک بإطلاقهما؟!

و منه یظهر الجواب عن الاستدلال بالآیة الثالثة فإنّها بصدد النهی عن القضاء بغیر ما أنزل الله، لا بصدد بیان خصوصیات الحاکم.

و مثل الآیات، تقسیم القضاة إلی أربعة، أو تقسیم الحکم إلی حکمین، فإنّ الجمیع بصدد سوق المجتمع إلی القضاء بحکم الله لا بحکم الجاهلیة و لیس بصدد بیان شرائط الحاکم من کونه رجلًا أو امرأة، مسلماً أو کافراً، سمیعاً و بصیراً و الاستدلال بالجمیع غفلة عن شرائط انعقاد الإطلاق فإنَّ التمسک به فی المقام نظیر تمسّک بعضهم بإطلاق قوله سبحانه: (فَکُلُوا مِمّا أَمْسَکْنَ عَلَیْکُمْ) (المائدة/ ۴) علی أنّه یجوز الأکل ممّا أمسکه الجوارح بالأنیاب بلا لزوم غسل مواضعها، مع أنّ الآیة بصدد بیان شیء آخر و هو حلّیة ما

أمسكته و أنّه من الطيّبات لا من المحرّمات و أمّا أنّه هل يؤكل مطلقاً أو بعد الغَسْل فليس بصدد بيانه حتّى يتمسّك بإطلاقه.
و هناك وجه آخر و هو أنّ الآيات و الروايات بمعزل عن باب القضاء، لأنّ المراد من الحقّ، هو الحقّ فى الشبهات الحكمية، و الحقّ فى باب القضاء يرجع إلى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۸۸

الحقّ فى الشبهات الموضوعية غالباً كما لا يخفى.

۳- الاستدلال بإطلاق حديث الحلبى

قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة فى الشىء فيه فيتراضيان برجل منّا فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط. «۱»
و الاستدلال موهون جدّاً لعدم كون الإمام بصدد بيان شرائط القاضى حتى يتمسّك بإطلاق لفظ «رجل» و إنّما هو بصدد الفصل بين القاضيين و أنّه لا يجوز الرجوع إلى قضاة العامّة بل يجب الرجوع إلى قضاة الشيعة و أمّا ما هو صفاتهم و خصوصياتهم فليس الصحيح بصدد بيانه.

۴- صحيح أبى خديجة

قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمّد عليه السلام إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم .... «۲»
و قد أُجيب عن الاستدلال بهذه الرواية على قضاء المقلِّد بوجوه نأتى بها:
أ انّ الوارد فيها لفظ العلم و هو لا يشمل المقلّد لأنّ العلم عبارة عن الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، و المقلِّد فاقد له.
يلاحظ عليه: أنّه خلط بين العلم المصطلح عليه فى علم المنطق، و العلم الوارد فى الكتاب و السنّة و المراد من الأوّل ما ذكر فى كلامه، و المراد به فى الحديث من هو ما قامت عليه الحجّة و إلّا لزم عدم صحّة قضاء المجتهد لعدم علمه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۸۹

بالواقع، و العلم بالحكم الظاهرى مشترك بين المجتهد و المقلِّد.
ب انّ الرواية محمولة على صورة الاضطرار و عدم التمكّن ممن يعرف الأحكام عن أدلّتها التفصيلية، و بما أنّ الشيعة كانت متفرقة آنذاك فى بلاد نائية، و لم يكن فى كل بلد و كورة، من يعرفها بالدليل، اكتفى صاحب الشريعة بمن يعلم شيئاً من الأقضية حتّى يصدّ بذلك باب الرجوع إلى أبواب الطواغيت.
يلاحظ عليه: بأنّه حمل تبرعى لا دليل عليه و ليس فى الرواية ما يحكى عن كونها واردة فى صورة الاضطرار، نعم هو احتمال فى الحديث.
ج إنّ العلم بشىء من قضاياهم مختصّ بالفقيه أو منصرف إليه، لأنّ العامى إمّا أن يتّكل إلى فتوى الفقيه فى القضاء فلا يصدق أنّه يعلم شيئاً من قضاياهم بل هو يعلم فتوى الفقيه و هو طريق إلى حكم الله. و إمّا أن يتّكل بإخبار الفقيه بقضاياهم و هذا غير جائز لأنّه لا يزيد عن رواية مرسلة غير جائزة العمل، إلّا بعد الفحص عن الجهات الأربعة: الصدور، و الدلالة، وجهة الصدور، و عدم المعارض و

أنّى للمقلّد هذا.

يلاحظ عليه: أنّا نختار الشقّ الأوّل، و هو الأخذ بإفتاء الفقيه لكنّه عند المقلّد هو حكم الإمام و قضائه، خصوصاً إذا كان الإفتاء بلفظ الحديث، كما فى الفقيه و النهاية، و الإفتاء و إن كان غير التحديث، و الأوّل مشتمل على إعمال النظر، دون الثانى لكنّه لدى العرف، يعكس حكم الكتاب و السنّة و حلال الأئمّة و حرامهم.

و الحق فى الإجابة أن يقال: إنّ الصادر من الإمام مردّد بين ما نقل و بين ما جاء فى روايته الأُخرى التى جاء فيها: «اجعلوا بينكم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً» «۱» و قد عرفت أنّ لفظ «العرفان» لا يستعمل

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۰

إلّا إذا كان هناك اشتباه يعقّبه التميز و هو لا يصدق إلّا فى حقّ الفقيه لا المقلّد المحض. و لمّا تردّد لفظ النص بين ما يصح الاستدلال به و ما لا يصح، يسقط الاستدلال بها.

و بعبارة أُخرى لمّا تردّد بين كون الخارج عن تحت الأصل خصوص المجتهد و لو كان متجزئاً أو مطلق من يعلم شيئاً، فيؤخذ بالقدر المتيقن فى مقام الخروج. و هو الأوّل و قد مرّ توضيحه أيضاً.

۵- الاستدلال بخبر محمّد بن حفص

قد يستدل بخبر محمّد بن حفص «۱» عن عبد الله بن طلحة «۲» عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها فلمّا جمع الثّياب تابعته نفسه فكابرها على نفسها فواقعها [فتحرّك ابنها فقام فقتله بفاس كان معه] فلما فرغ حمل الثياب و ذهب ليخرج، حملت عليه بالفاس فقتلته. فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «اقض على هذا كما وصفتُ لك فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه، دية الغلام، و يضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها إنّه زان و هو فى ماله عزيمة و ليس عليها فى قتلها إيّاه شىء [لأنّه سارق] قال رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له و لا «۳» قود».

يلاحظ عليه: أوّلا: أنّ ضمان الموالى، دية الغلام على خلاف القاعدة و على فرض كونهم عاقلة، إنما تضمن الدية فى مورد الخطأ لا فى مورد العمد.

و ثانياً: أنّه من المحتمل أن يكون كلامه هذا: «اقض على هذا كما وصفت»

---

(۱) محمد بن حفص بن خارجة مجهول لم يعنون فى كتب الرجال غير التنقيح.

(۲) هو الهندى الكوفى لم يذكر فى حقّه توثيق و لا مدح.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۲۳، من أبواب قصاص النفس، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۱

أشبه بالمشاكلة لا الحقيقة و أنّ المراد بيان الحكم الشرعى للمسألة.

و ثالثاً: يحتمل كون ابن طلحة ممن كان ينطبق عليه المقياس الوارد فى المقبولة.

رابعاً: أنّه يصح الاستدلال بها على صورة النصب أو الوكالة و الثانية أظهر من النصب، لا على التصدى على وجه الاستقلال.

۶- الاستدلال بالسيرة

إنّ الموجودين فى زمن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم ممن أمر بالترافع إليهم كانوا قاصرين عن مرتبة الاجتهاد و كانوا يقضون بين الناس بما سمعوه من النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فدعوى قصور من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقليد لمجتهد، عن منصب القضاء بما علمه، خالية عن الدليل. «۱»

و أجاب عنه المحقّق الآشتيانى بأنّ الشرط الواقعى هو العلم بالأحكام لا الاجتهاد فالمنصوبون من قبل الأئمّة كانوا يعلمون الأحكام و إن كانوا غير مجتهدين و أمّا زماننا هذا فالعلم فيه لا يحصل إلّا بالاجتهاد فليس للاجتهاد موضوعية إلّا كونه طريقاً إلى العلم بالأحكام و هو كان حاصلا للمنصوبين يوم ذاك دون مقلدى أعصارنا «۲» و حاصله: أنّ الميزان، هو العلم بالأحكام، لا الاجتهاد، و العامى فى السابق كان عالماً بالأحكام بخلاف العامى فى أعصارنا.

يلاحظ عليه: أنّه إن أراد، من العلم، العلم بالأحكام الواقعية فهو لم يكن حاصلًا يوم ذاك للمنصوبين و لا للمجتهدين فى الأعصار المتأخرة ضرورة أنّ أصحاب الأئمّة ربّما كانوا يأخذون الأحكام عن أصحابهم، و قد كانوا مبتلين بالأخبار المتعارضة و الصادرة عنهم تقية إلى غير ذلك ممّا لا يوجب العلم بالحكم الواقعى، و مثله المجتهد، فإنّ ما يحصله أحكام قامت عليها الحجّة لا أنّها أحكام

---

(۱) الجواهر الجزء ۴۰/ ۱۶۱۵.

(۲) الآشتيانى: كتاب القضاء، ص ۹

واقعية.

و إن أراد الأعمّ من الحكم الواقعى، فهو حاصل لمقلدى عصرنا.

و الأولى أن يقال: إنّه لو كان الموضوع لنفوذ القضاء هو المجتهد أو من له قوّة الاستنباط فيتّجه الإشكال و أمّا لو قلنا بأنّ الموضوع له هو من روى حديثهم، و نظر فى حلالهم و حرامهم و عرف أحكامهم. فهو كان صادقاً على قضاة عصر الرسول و من بعده. كما كان صادقاً على المتربّين على أيدى الأئمة من المحدّثين و الفقهاء لاتصالهم بالمعصومين، و سماعهم منهم أو عمّن سمع منهم، و أمّا فى عصرنا هذا فلا يصدق إلّا على من له قوّة الاستنباط حتّى يبذل الجهد بالتتبع فى الروايات و ينظر فى حلالهم و حرامهم و يعرف نهاية أحكامهم فالموضوع لنفوذ القضاء واحد فى جميع الأعصار، غير أنّ بُعد العهد و اختلاط الصحيح بالسقيم من الروايات، و الصادر تقية بالصادر لبيان الواقع، صار سبباً لعدم صدقه إلّا على لفيف قليل أى المجتهدين لأنّهم هم الممارسون بأحاديثهم و الناظرون فى حلالهم و حرامهم و العارفون بأحكامهم و لا يصدق ذلك على المقلّد المحض الذى لا يعرف شيئاً منها سوى ما جاء فى رسالة مقلَّده.

ثمّ إنّ الفرق بين الجوابين واضح فإنّ جواب المحقّق الآشتيانى مبنىّ على أنّ الميزان هو العلم بالأحكام لا الاجتهاد، غير أنّ العلم بالأحكام كان ميسوراً للقضاة الموجودين فى زمن النبى مطلقاً، و أمّا فى عصرنا، فليس ميسوراً إلّا على من له ملكة الاجتهاد.

و أمّا جوابنا فهو مبنىّ على أنّ الميزان فى صحّة التصدّى هو ما جاء فى لسان الرواية أعنى قوله: «روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا» و هو كان صادقاً للقضاة الموجودين فى زمن النبى مطلقاً (مجتهداً كان أو لا) و لكنّه فى عصرنا هذا لا يصدق إلّا على المجتهد فليس الاجتهاد شرطاً و انمّا هو طريق لتحصيل موضوع الدليل.

ب: فى نصب المجتهد، المقلِّد للقضاء

فرغنا عن البحث فى تصدى المقلّد منصب القضاء استقلالًا و قد عرفت عدم الدليل على جوازه و نفوذ قضائه إنّما الكلام فى تصديه له

بعد نصب المجتهد إيّاه للنظر فى المرافعات، و القضاء فيها على وفق رأيه.

إنّ جواز النصب للمجتهد رهن أمرين:

١- أن يكون النصب جائزاً فى نفسه بأن لا- تكون الفقاهة شرطاً شرعياً للقضاء و نفوذ الرأى كالذكورة و الإيمان و إلّا فلا، لأنّها لو كانت شرطاً لا يجوز للإمام فكيف يجوز للمجتهد الذى هو نائبه؟!

٢- إنّ كل حكم يجوز للإمام يجوز للفقيه الجامع للشرائط.

فالدعوى الأُولى بمنزلة الصغرى للثانية و هى كبرى للأُولى أمّا الأُولى فيمكن أن يقال إنّها غير ثابتة أى لا نعلم أنّه يجوز للإمام نصب العامى للقضاء أو لا، و الشكّ فيه كاف فى الحكم بالمنع بالنسبة إلى المجتهد.

و مع قطع النظر عن ذلك نقول: إذا دلّت المقبولة و المشهورة على أنّ المأذون للقضاء من ينطبق عليه عنوان الناظر فى الحلال و الحرام و العارف بالأحكام، و فرضنا عدم انطباقه على المقلّد، يصير قضاء المقلّد، كقضاء المرأة فكما لا يصح نصبها للقضاء، فهكذا العامى العارف بمسائل القضاء.

هذا كلّه على القول بدلالتهما على شرطية الاجتهاد فى القضاء، و أمّا لو قلنا بعدم دلالتهما على شرطية الاجتهاد فنفس الشك فى جواز نصبه المقلّد كاف فى الحكم بعدم الجواز و النفوذ لما قلنا إنّ الأصل عدم حجية رأى أحد فى حقّ أحد إلّا إذا قام عليه الدليل و بذلك ظهر أنّ لتبيين حكم المسألة مراحل ثلاث:

١- الشكّ فى جواز نصب العامى للقضاء، لنفس الإمام و عدمه و مع الشكّ

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٩۴

فيه، لا تفيد أدلّة ولاية الفقيه إذ لا يتجاوز عن كونه منزّلًا منزلته. مع وجود الشكّ فى المنزّل عليه.

٢- مع قطع النظر عنه، إذا قلنا بدلالة المقبولة و غيرها على شرطية الاجتهاد، و معه كيف يجوز للفقيه، نصبه للقضاء؟

٣- إذا كانت دلالتها قاصرة فنفس الشكّ يكفى فى الحكم بالعدم أخذاً بحكم الأصل الأوّلى.

و بذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده سيّدنا الأُستاذ قدّس اللّه سره فى ردّ الاستدلال حيث قال: إنّ المقبولة لا تدل إلّا على نصب الإمام الفقيه للقضاء و أمّا كون ذلك بإلزام شرعى بحيث يستفاد منها أنّ الفقاهة من الشرائط الشرعية فلا.

يلاحظ عليه: بما عرفت من أنّه لو افترضنا أنّ المقبولة و المشهورة ليستا بصدد بيان شرائط من له حقّ القضاء لكن نفس الشكّ فى مشروعية قضاء العامى العارف بمسائل القضاء عن تقليد، كاف فى الحكم بعدم الجواز و النفوذ و ذلك مثل الشك فى جواز التعبّد بالظن، فإنّ نفس الشك كاف فى الحكم بحرمة التعبد و لا يحتاج إلى دليل آخر.

و يمكن أن يستدل على عدم مشروعية قضاء العامى بصحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «اتقوا الحكومة فإنّ الحكومة إنّما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين لنبى أو وصىّ نبىّ». «١»

فإنّها صريحة فى أنّ القضاء شرّع للأنبياء و أوصيائهم و لا ينافيه ما دلّ على جوازه للفقهاء، لأنّهم أوصياء الأنبياء. «٢» بوجه فتكون المقبولة حاكمة عليها

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣ ص ٧؛ المستدرك: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٠ و ۴٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٩۵

بالتصرّف فى الموضوع و توسيعه و إدخال ما لا يدلّ عليه ظاهرها (الصحيحة) و العامى ليس وصياً لنبى. فلم يدل دليل على مشروعية

قضائه.

ج: فی توکیل المقلّد للقضاء

اشارة

قـد عرفت عدم جواز اسـتقلال المقلّد للقضاء و لا نصب المجتهد إیّاه للتصدّی، بقی الکلام فی توکیله حتّی یقوم العامی المقلّد، بفعل المجتهد و یعمل عمله، لا عمل نفسه کما هو الحال فی صورهٔ النصب علی ما عرفت الفرق بینهم.

و القول بالجواز مبنی علی ثبوت أحد أمرین علی نحو مانعهٔ الخلو:

۱– أن یکون هنا دلیل خاص من العرف و غیره علی أنّ القضاء أمر قابل للتوکیل و النیابهٔ و مع ثبوته بالخصوص، لا یشترط فی الوکیل سوی ما یشترط فی غیره.

۲– إذا لم یدلّ دلیل خاص علی أنّ القضاء أمر قابل للتوکیل و صارت النیابهٔ فیه مشکوکهٔ، و لکن کان فی باب الوکالهٔ دلیل یدلّ علی أنّ کلّ أمر قابل للنیابهٔ إلّا ما خرج بالدلیل و معه لا یبقی شک فی کونه قابلًا للنیابهٔ و تعمه أدلّهٔ الوکالهٔ و عموماتها.

و بـذلک ظهر أنّ المراد من الأمر الثانی، لیس مطلق عمومات باب الوکالـهٔ کعمومات باب البیع و العقود، التی لا تفیـد عند الشک فی کون شـیء قابلًا للبیع أو العقـد علیه، بل الـدلیل الخاص الدال علی أنّ کل أمر قابل للنیابهٔ إلّا ما خرج و هذا غیر عمومات باب الوکالهٔ الناظرهٔ إلی الحکم، دون قابلیهٔ الموضوع کسائر العمومات.

إذا عرفت ذلک فالمسألـهٔ غیر معنونهٔ فی کلمات القدماء فلنکتف بکلمات المتأخرین فقد قال المحقّق الرشتی: «الحقّ عدم الجواز وفاقاً للکل أو الجلّ لأنّ

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۹۶

التوکیل مشـروط بعدم اشتراط المباشـرهٔ فی تأثیر الحکم و إلّا لم یعقل فیه التوکیل و اشتراطها هنا معلوم أو مشکوک و التمسّک بأدلّهٔ الوکالهٔ غیر مجد فی المقام. «۱»

أمّا الأمر الأوّل أی الدلیل الخاص فتوضیح المقام:

اشارة

إنّ الموضوعات من جهة ترتّب الأثر علیها مختلفهٔ و هی:

۱– ما یترتّب علیه الأثر بملاحظهٔ کونه قائماً بفاعل خاص کالمضاجعهٔ فهی محکومهٔ بالحلّیهٔ إذا کان المباشر لها هو الزوج لا غیر.

۲– ما یترتّب علیه الأثر بملاحظـهٔ أصل وجوده فی الخارج من غیر خصوصـیهٔ للفاعل و ذلک کتطهر الثوب بالماء فهو یطهر سواء کان المباشر للغَسل إنساناً بالغاً أو صغیراً أو غیر إنسان بل حیواناً أو ریحاً. فالموضوع هو تحقّق الغسل بالماء کیفما کان.

۳– ما یترتّب علیه الأثر المقصود بملاحظهٔ قیامه بإنسان عاقل بالغ مباشرهٔ أو تسبیباً کالبیع و الإجارهٔ، و النکاح و الطلاق.

۴– ما یشک فی أنّه من أیّ قسم من هذه الأقسام، کالقضاء کما سیأتی.

فالأوّلان لا یقبلان الوکالـهٔ، لاعتبار الفاعل الخاص فی ترتّب الأثر فی الأوّل و مثله لا ینفک عن اعتبار المباشـرهٔ، و عـدم لحاظ الفاعل فی الثانی حتی یکون هناک نائب و منوب عنه، و الثالث یقبلها بلا شک.

و أمّا الرابع: فیمکن أن یقال: إنّه مع الشک یحکم بأنّه غیر قابل للنیابهٔ کنظائره و الضابطهٔ الکلیهٔ: إنّ کل عمل یتوقف علی إعمال النظر و الدقّهٔ و العلم و الیقین بالموضوع، و بالتالی اتخاذ عقیدهٔ خاصهٔ فیه فهو یقوم بالفاعل المباشـر، و لا تصح نسـبته إلی الغیر الفاقد لهذه

الأمور، و بالجملة: إنّ تشخيص كل واحد ينسب إلى نفسه و لا تقبل النسبة إلى غيره بالتسبيب.

---

(۱) المحقّق الرشتى: كتاب القضاء ۱/ ۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۷

و على ذلك يترتّب عدم جواز الوكالة فى الأُمور التالية:

۱- الطبابة: فإنّ الطبيب بعد المعاينة و الدقّة فى أحوال المريض و أوصافه، يتبنّى عقيدة و نظراً فى حقّ المريض، فيأخذ بكتابة نسخة العلاج و يأمره بالاتباع فهذا أمر قائم بالطبيب و لا تصح نسبته إلى الشخص الآخر و إن أمر بالمعالجة و ذلك لعدم وجود شىء من هذه الأُمور فيه حسب الفرض.

۲- الحلف ۳ الإقرار ۴ الشهادة. فإنّ الجميع إخبار عن واقع بعلم جازم قاطع أخذاً بماهية هذه الأُمور، فلو تحقق فى الوكيل دون الموكّل، لا تصح له نسبة هذه الأُمور إلى الموكّل لافتقاره مقوّمها و إن تحقّق فى الموكّل دون الوكيل، لا يصح من الوكيل الإقرار و الشهادة و الحلف لتقوّمها بالعلم و الاطلاع القاطع، و هو فاقد له و إن تحقق فى كليهما، كلّ يقوم بعمل نفسه.

۵- و منه يظهر حال القضاء فإنّ مورده إمّا شبهة حكمية أو موضوعية، فالقضاء فى الصورة الأُولى بنفس الإفتاء و هو قائم بالمجتهد دون العامى، كما أنّه فى الثانية يتضمّن الإفتاء فى مورد جزئى، و الإفتاء لا يقبل النيابة لأنّه فرع العلم بالحكم و العامى فاقد له.

و بذلك يعلم أنّ القضاء لا يقبل الوكالة و إن كان الوكيل مجتهداً. سواء وكّله بالقضاء على رأى الموكّل أو رأى الوكيل، و إن كان يظهر من السيّد الطباطبائى جوازه حيث قال: «قد تكون هناك ما يوجب الحاجة إلى التوكيل كما إذا لم يرض المترافعان إلّا بالرجوع إلى مجتهد و كان معذوراً فى المباشرة فحينئذ يوكل مجتهداً آخر مع فرض عدم رضاهما بالإرشاد إلى ذلك الآخر و قالا إنّا نريد أن تكون أنت الفاصل بيننا بالمباشرة أو التسبيب ثمّ قال: و هل على النائب حينئذ أن يقضى فى المسائل الخلافية بمقتضى رأيه أو برأى المستنيب يظهر من المسالك الأوّل و انّه لا يجوز أن يقضى إلّا برأيه و الظاهر جواز الأمرين و كونه تابعاً لكيفية التوكيل فإن وكّله فى أصل القضاء فيعمل برأيه و إن وكّله فى القضاء بينهما بمقتضى رأى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۸

الموكّل فيعمل برأيه.» (۱)

يلاحظ عليه: أنّ القضاء يتضمّن الإفتاء و هو لا يقبل الوكالة، لأنّه إن قضى برأى نفسه، فقد قضى مباشرة لا وكالة و إن قضى برأى الموكّل، فهو فرع جواز الوكالة فى الفتوى.

و لو رفضنا تلك الضابطة و افترضنا الشكّ فى قابلية القضاء للوكالة فلا يمكن التمسك فى إثبات القابلية له بالعمومات الواردة فيه لعدم كونها بصدد بيان تلك الجهة.

و أمّا الكلام فى الأمر الثانى أى وجود دليل فى باب الوكالة

يدلّ على أنّ كل موضوع قابل للنيابة إلّا ما دلّ على اعتبار المباشرة فيه، فربّما يوهمه بعض الروايات التالية:

۱- ما رواه الصدوق فى الفقيه بسند صحيح عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: من وكّل رجلًا على إمضاء أمر من الأُمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يُعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها. «۲»

و الإمعان فيها يعطى أنّه ليس بصدد بيان قابلية كل «أمر من الأُمور» للوكالة بل بصدد بيان أنّ عمل الوكيل نافذ إلى أن يبلغه العزل.

۲- صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل وكّل آخر على وكالة فى أمر من الأُمور و أشهد له بذلك شاهدين،

فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنّى قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذى وكّل فيه قبلَ العزل فإنّ الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل. كره الموكّل أم رضى. قلت: فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يَعْلَمَ العزل أو يبلغه أنّه قد

(۱) السيّد الطباطبائى: ملحقات العروة ۲/ ۱۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱ من أبواب الوكالة، الحديث ۱، ص ۲۸۵.

عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟! قال: نعم قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثمّ ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشىء؟! قال: نعم، إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة. «۱»

و هذه الرواية كسابقتها ليست بصدد بيان انّ الوكالة فى كل أمر ماض، و إنّما هى بصدد بيان مضىّ و نفوذ الوكالة فى كل ما تصحّ الوكالة فيه، ما لم يبلغه العزل بثقة، كما هو واضح. فإذا شككنا فى انّ القضاء يقبل الوكالة أو لا فليس هنا دليل على صحّة التوكيل فيه.

ثمّ إنّ السيّد الطباطبائى نقل عن المسالك دليلًا على عدم الجواز و لم نعثر عليه فيها حاصله: أنّه يشترط فى القاضى أن يكون مجتهداً و معه لا فرق بين النائب و المستنيب فى ثبوت ولاية القضاء له فلا معنى لكون أحدهما وكيلًا عن الآخر فهو نظير توكيل أحد الوليين أو الوكيلين أو الوصيين للآخر فكما أنّه لغو فهكذا فى المقام. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ ذلك خلط بين النصب و الوكالة، فبما أنّ المنصوب مستقل فى عمله يشترط فيه ما يشترط فى الناصب، و هذا بخلاف الوكالة فإنّ الوكيل يقوم بنفس عمل الموكّل كأنّ المجتهد، يقضى بواسطة وكيله. فيكفى وجود الشرط فيه من دون لزوم وجود شرط خاص فى الوكيل سوى الشروط العامة فى مطلق الوكالة.

فالحقّ فى عدم جواز الوكالة منه، لعدم ثبوت كون القضاء ممّا يقبل الوكالة، و لم يدل دليل عليه، لا من العرف و لا غيره.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲ من أبواب الوكالة، الحديث ۱.

(۲) الطباطبائى اليزدى: ملحقات العروة، كتاب القضاء، ج ۲/ ۱۲.

د: نصب المقلّد للقضاء عند الاضطرار

ما تلوناه عليك من الأدلّة على عدم جواز تصدّى العامى للقضاء استقلالًا أو نصباً إنّما كان راجعاً إلى حال الاختيار و إنّما الكلام فى حال الاضطرار، قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الإمام عليه السلام كما اتّفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام و ربّما منع من ذلك. «۱»

و قال فى المسالك: إذا اقتضت المصلحة عند الإمام تولية من لم يستكمل شرائط القضاء بأن كان قاصراً فى العلم أو العدالة ففى جواز توليته عندنا وجهان: أحدهما المنع لفقد الشرط، المقتضى لفقد المشروط إلى أن قال: الثانى، الجواز نظراً إلى وجود المصلحة الكلية التى هى الأصل فى شرع الأحكام و لوقوع مثله فى زمن علىّ عليه السلام فقد كان ولّى شريحاً القضاء مع ظهور مخالفته له فى الأحكام المنافية للعدالة التى هى أحد الشرائط. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ التمسك بسيرة الإمام غير واضح، لعدم وضوح وجهة عمله و لعلّ القاضى كان صالحاً يوم ذاك!!، أو كان الإمام

مضطراً فی إبقائه فی منصبه، لاشتغاله بالقضاء من عصر الخلیفة الثانی إلی زمان الإمام و لا یعنی ذلک أنّ الإمام کان یعمل بالتقیة، حتی یقال إنّه ما کان یعمل بالتقیة، بل المصالح اقتضت الإبقاء و تصوّر أنّ المصالح کانت تقتضی إبقاء معاویة فلما ذا رفضها؟ مردود بأنّ المبایعین الذین صدّروا علیّاً منصّة الخلافة و بایعوه، کانوا هم المضطهدون المطالبون عزل ولاة عثمان الذین امتصوا دماء الأُمة، فعزل معاویة مضافاً إلی أنّه کان واجباً شرعیاً علی الإمام کان واجباً اجتماعیاً و علی کل تقدیر یمکن تقریر الجواز بالوجه التالی:

---

(۱) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۸۶۳.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک، ج ۲/ ۳۹۵.

إنّ حفظ الحقوق رهن فصل الخصومات و رفع المنازعات فإذا لم یتمکّن من الرجوع إلی المجتهد: و لم یجز نصب العامی للقضاء تقلیداً لزم بعد ذلک ارتکاب أحد محاذیر ثلاثة:

۱- فإمّا أن یُرفع الشکوی إلی دیوان الظالمین و هو حرام.

۲- أو یمنع من الترافع إلی الأبد و فیه إبطال للحقوق و رفع للأمان عن الدماء و الأعراض و الأموال.

۳- أو یلزم الصبر إلی أن یتمکّن من الرجوع إلی الفقیه و هو موجب للعسر و الحرج و ربّما لا یتمکّن المدّعی من إقامة الشاهد عند ذاک.

و علی ضوء ذلک: لا مناص للفقیه من نصب (العامی) للقضاء تقلیداً فی الشبهات الموضوعیة و الحکمیة حفظاً للحقوق، إذا کان له المقدرة علی التمییز و التشخیص فی تطبیق الأحکام و الکلّیات علی مصادیقها.

فإن قلت: إنّ الرجوع إلی المحاکم العادیة التی لا تحکم علی وفق الکتاب و السنّة یحفظ الحقوق کما کانت الحال علی ذلک قبل الثورة الإسلامیة فی إیران.

قلت: إذا دار الأمر فی حفظ الحقوق بین الرجوع إلی المحاکم العادیة، و النزول عند حکم المقلّد العارف بالأحکام الإسلامیة عن تقلید، فالثانی هو المتعیّن، لأنّ حرمة الأُولی مطلقة متأکدة قال سبحانه: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ مَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحَاکَمُوا إِلَی الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ وَ یُرِیدُ الشَّیْطَانُ أَنْ یُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِیداً) (النساء/ ۶۰). و لأجل ذلک لا مناص فی حفظ الحقوق من اختیار قضاء المقلّد و تقدیمه علیها.

و علی ذلک فوجود المحاکم العادیة و عدمها سواء فیتعیّن علی الفقیه نصب العامی العارف بالقضاء لرفع الخصومات بین الناس، من غیر فرق بین کون المورد من قبیل الشبهات الموضوعیة أو الحکمیة، و هو من القضایا التی قیاساتها معها

لأنّ ترک المرافعة و القضاء، یؤدی إلی تضییع الحقوق و الأموال و إیقاف الأمر إلی التمکّن من المجتهد، لا ینفع إذا طال الزمان و ما زالت الشکاوی و الدعاوی تتری و تتزاید و شدّ الرحال إلی المجتهد النائی أمر مشکل و عندئذ فإذا کانت الشبهة موضوعیة، یعمل بقواعد «المدّعی و المنکر» (التی مارسها مدّة علی أیدی القضاة المهرة). و إذا کانت الشبهة حکمیة مثل منجزات المریض و ثبوت الشفعة إذا کانت الشرکاء أزید من ثلاثة، و تحریم عشر رضعات فبما أنّ القضاء فیها لا یحتاج إلی إقامة بیّنة و جرحها و تعدیلها یکفی العثور علی رأی المجتهد و الحکم علی وفقه.

و إن شئت قلت: إنّ الشرط هو الصدور عن الکتاب و السنّة، فلا مانع من سقوط شرطیته عند الاضطرار و فقد القائم به.

فإن قلت: إنّ القضاء فی الشبهات الحکمیة و الموضوعیة لا یخلو عن إفتاء بالحکم الکلی أو الإفتاء بالحکم الجزئی و لیس العامی أهلًا له.

قلت: یظهر حلّه بعد بیان ما تجب علی العامی مراعاته من باب الاحتیاط و الأخذ بالقدر المتیقّن و إلیک بیانها:

الأوّل: إذا قلنا بسقوط شرطیة الاجتهاد فی حال الاضطرار لکن القدر المتیقّن للجواز هو العامی الذی ینصبه المجتهد لذلک المقام. و ذلک لا ـ لوجود الدلیل علی الشرطیة (لما عرفت من أنّه لا یجوز نصب العامی للقضاء فی حال الاختیار) بل لاحتمال مدخلیة نصب المجتهد فی هذه الحالة، دفعاً للهرج و المرج و حفظاً لنظام القضاء علی الحدّ الممکن.

الثانی: للتأکد من إصابة الحقّ، و التجنب من الاشتباه یلزم علیه التشاور فی القضاء و السؤال عن سائر العارفین بالقضاء فإنّ الرأی الصادر عنده أقرب إلی الحقّ و ألصق بالواقع، و حقّ الرأی للمنصوب فقط.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۳

الثالث: إذا نصب المجتهد العامی العارفَ بالقضاء فی زمان کان الرجوع إلی المجتهد موجباً للعسر و الحرج، فهل یختصّ قضاؤه بخصوص لو کان مناط الرجوع موجوداً، أو یعمّه و ما إذا کان الرجوع إلیه سهلًا و یسراً؟ وجهان:

۱- إنّ الحکم النابع عن العسر و الحرج یدور مدارهما فلو کان رفع الشکوی إلی المجتهد سهلًا، یلزم علیه إرجاع المتداعیین إلی المجتهد و إلّا فیباشر بنفسه خصوصاً إذا قلنا بأنّ العسر الرافع للحرج هو الشخصی منه لا النوعی.

۲- إنّ تحدید القضاء بوجود العسر الشخصی و عدم کفایة العسر النوعی یوجد الغموض فی أمر القضاء و ربّما یزید فی العسر و الحرج، و الأوّل أحوط و الثانی أقوی، خصوصاً إذا کان هنا نظام فی القضاء یشتغل فیه أشخاص کثیرون، لا یمکن تعلیق عملهم یوماً دون یوم.

الرابع: إذا نصب المجتهد العامی للقضاء یجب علیه العمل بفتوی الأعلم و لیس له أیّ تدخل فی ترجیح الآراء بعضها علی بعض، و تقدیم المشهور علی الشاذ، إذا کان فتوی الأعلم مطابقاً للثانی، أو ترجیح ما یؤیّد بعض الظنون علی الأُخر، لأنّ کل ذلک من وظائف أصحاب النظر فقط.

الخامس: إذا نصبه مجتهد للقضاء فهل له الصدور عن رأی الأعلم أو عن رأی المجتهد الناصب له، أو یتخیّر؟ فالأقوی هو الأوّل، کما عرفت لأنّه من قبیل دوران الأمر بین التعیین و التخییر.

السادس: إذا کان هناک من هو أعرف بموازین القضاء تقلیداً من غیره و إن کان له أیضاً عرفان بالقضاء فیقدم الأعرف فالأعرف فی مقام النصب إلّا إذا لم یستعد الأعرف للقضاء فیتعیّن غیره.

السابع: إذا تعذّر النصب من جانب المجتهد، فعلی المسلمین أن یختاروا أعرفهم بموازین القضاء، و لو عن تقلید.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۴

الثامن: الذی یترتّب علی قضاء العامی، هو لزوم طاعته و تنفیذ رأیه، و أمّا عدم جواز نقضه و عدم جواز تجدید المرافعة، لدی التمکّن من المجتهد فلا ـ لأنّ کلّ ذلک من آثار قضاء المجتهد، لا ـ العامی العارف بالقضاء نعم لا یصحّ النقض إلّا من جانب المجتهد الناصب، لا غیره لأنّه یستلزم الهرج و المرج.

و بذلک اتضح جواب الإشکال السابق و ذلک لأنّ القضاء فی المقام لیس قضاء حقیقیاً حتی یعترض علیه بأنّ القضاء لا یخلو عن إفتاء و هو شأن المجتهد دون العامی، بل عمل بالواجب بالقدر الممکن و إن کان مشوباً بالخلاف.

و علی کل تقدیر لو کان فی هرم النظام مجتهد جامع الشرائط، فعلیه أن یتکفّل بهذه الأُمور، و علیه النصب و العزل و النقض و لیس للآخرین التدخل و إلّا استلزم الفوضی فی النظام. «۱»

و بما ذکرنا یظهر أنّ المسوغ لنصب المقلّد العارف بالأحکام علی القضاء لیس هو المصالح العامة الواردة فی عبارة المحقّق و غیره حتی یقال: «إنّ الأحکام الشرعیة لا تتغیر بالمصالح المرسلة فلا یجوز رفع الید عن بعض شرائط النکاح و الطلاق و المعاملات بمجرّد وجود مصلحة تقتضی خلافها، بل یلزم العمل بإطلاق أدلّة الشرائط فلا یجوز رفع الید عن شرطیة العدالة، أو الاجتهاد فی القاضی

بوجود مصلحة ملحوظة فی قضاء الشخص الفاقد لذلک الشرط».

و ذلک لما عرفت من أنّ المسوّغ، هو أدلّة رفع الحرج فی الشرع، أو کون الاضطرار مسقطاً لشرطیة الشرط إذا کان فی دلیل المشروط إطلاق، و إلّا فالمصالح المرسلة لیست مناطاً للتشریع فی فقه الإمامیة.

ثمّ إنّ بعض المانعین عن ممارسة المقلّد مهمّة القضاء عند الاضطرار قال:

---

(۱) لاحظ رسالة القضاء للمحقّق میرزا حبیب الله الرشتی (م ۱۳۱۲ ه) فقد صدرنا فی المقام عن تلک الرسالة الجزء الأوّل: باب: ما یختص بأحکام المقلّد المنصوب للقضاء، ص: ۶۰، ۶۱، ۶۲، ۶۳.

إنّ التخلّص من هذه المشکلة الاجتماعیة لا ینحصر بذلک بل هنا طرق أُخری تنحلّ معها عقدتها و إلیک الطرق:

۱- العمل بالبیّنة لو کانت، و إلّا فیخلی سبیل المنکر، کما هو الحال بین الأُمم غیر الدینیة، من دون حاجة إلی الحلف.

۲- العمل ببیّنة المدّعی أو أیّ دلیل یقیمه بحیث یحصل العلم منه و إلّا فیتوجّه الحلف علی المنکر بناءً علی عدم اختصاص الحلف بصورة وجود القاضی، و لمّا کان المفروض قبول المتنازعین الحقّ و الحکمَ الشرعی فیمکن لهما العمل بذلک من دون حاجة إلی وجود شخص ثالث.

۳- الرجوع إلی قاعدة العدل و الانصاف و لیس مصداق العدالة أمراً خفیّاً.

۴- العمل بالصلح القهری حیث یدور الحقّ بین شخصین.

۵- العمل، بالقرعة فی الشبهات الموضوعیة لا الحکمیة.

یلاحظ علیه: أنّ صاحب النظریة افترض المترافعین رجلین عادلین یریدانِ العمل بالحقّ المرّ، فعند ذلک یصحّ بعض ما افترضه رافعاً للمشکلة و لکن قلّما یتّفق ذلک و تصوّر أنّ موضوع البحث هو ما إذا لم یکن للإمام قدرة ظاهریة و الدافع الی العمل بالحکم إیمانهما، لیس بمعنی أنّه لیس لقضائه فی نفوذ الحقّ أیّ تأثیر، إذ ربّما یکون لقضائه تأثیر فی العمل بالحقّ و إن کانا یعرفانه قبل القضاء أیضاً بحیث لو لا- القضاء لما کان دافع تامّ للعمل بالحقِّ، مضافاً إلی أنّ موضوع البحث أعمّ من ذلک و یعمّ ما إذا قامت دولة إسلامیة قاهرة و لکن کانت القضاة الجامعة للشرائط أقلّ ممّا تحتاج إلیه الأُمّة فیقع البحث فی نصب المقلّد العارف علی القضاء فتکون للقاضی قدرة التنفیذ.

و علی ذلک فالفرضان الأوّلان، لا- یتمشیان إلّا فی مجتمع أشبه بالمدینة الفاضلة التی صوّرها أفلاطون و لا ینفعان فی مجتمعنا، و الرجوع إلی قاعدة العدل

و الانصاف لا تفید فی الشبهات الحکمیة و لیس بأقرب إلی الواقع من العمل بقول المقلّد العارف، و الطریق الرابع منحصر فیما إذا کان الحقّ بین شخصین خاضعین للصلح. و بالجملة اقتراح هذه الطرق، یعرب عن کون المقترح بعیداً عن المشاکل الاجتماعیة، و أمّا العمل بالقرعة فلا یتمّ إلّا فی مورد وجود حقّ مردد بین الشخصین لا فیما إذا تردد الأمر بین وجود الحقّ و عدمه و هو الأکثر و لم ترد القرعة فی المورد الأخیر فلاحظ. و علی أیّ تقدیر فشکر الله مساعی کلّ من فکّر فی رفع مشاکل الأُمّة الإسلامیة.

الشرط التاسع: کونه ضابطاً

لا شکّ فی شرطیة الضبط فی القضاء کاشتراطه فی الإفتاء و الشهادة و نقل الروایة، غیر أنّ المهم تقدیره، فاکتفی المحقّق بعدم غلبة النسیان علیه، فلو غلبه النسیان لم یجز نصبه. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ لازمه جواز نصب المساوى مع أنّه لا تجوز توليته. و لأجل ذلك عطف العلّامة عليه فى القواعد، مساواتهما و قال: «و لو غلب النسيان أو ساوى ذُكره، لم تجز توليته». «۲»

و الظاهر عدم كفاية مجرّد غلبة الذُكر على النسيان و إن كان قليلًا كما إذا زاد ذُكره على نسيانه بواحد بل لا بدّ مع ذلك أن يعدّ إنساناً ضابطاً، لا ناسياً و يكون نسيانه أمراً عاديّاً لا على خلاف العادة، و الدليل على اعتباره مضافاً إلى خطورة الموقف، و بناء العقلاء فى المورد و نظائره انصراف النصوص إلى الإنسان المتعارف، و من غلب نسيانه ذُكره، أو ساواه، أو غلب ذُكره عليه بمقدار قليل، لا يعدّ إنساناً عادياً.

---

(۱) نجم الدين: الشرائع: ۶۷.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۱۰۰، قسم المتن.

الشرط العاشر: العلم بالكتابة

اختلفت كلمة الفقهاء فى شرطية العلم بالكتابة و إن كان الاجتهاد، لا ينفكّ عن العلم بها غالباً. و قلّما يتّفق لإنسان، بلغ قمّة الاجتهاد، و مع ذلك يقرأ و لا يكتب.

قال الشيخ فى المبسوط: فإن كان يحسن الكتابة انعقد له القضاء و إن كان لا يحسن الكتابة قال قوم: انعقد له القضاء لأنّه ثقة من أهل الاجتهاد و كونه لا يكتب لا يقدح منه لأنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم إمام الأئمّة، ما كان يكتب و لم يُؤثَر ذلك منه و قال آخرون: الكتابة شرط لأنّه يحتاج أن يكتب إلى غيره و أن يكتب غيره إليه .... «۱»

و علّله فى المسالك بقوله: بأنّه ربّما يضطر إلى معرفة الوقائع و الأحكام التى لا يتيسر ضبطها غالباً إلّا بها و هذا اختيار الشيخ و المصنف (المحقق) و أكثر الأصحاب و التمسّك بأُمّيّة النبىّ و أنّه كان لا يكتب مدفوع بأنّه كان مصوناً بالعصمة المانع من السهو و الغلط. «۲»

و قد عرفت أنّ المسألة قليلة الجدوى جدّاً لعدم التفكيك بين الاجتهاد و الكتابة و مع ذلك فليست الكتابة شرطاً لجواز التصدّى كالبلوغ و العدالة فلو نصب للقضاء فى أُمور لا تتوقف على الكتابة و الضبط صحّ نصبه و قضاؤه و إن لم يعرف الكتابة، غير أنّ القضاء فى اليوم خصوصاً القضاء العام، لا ينفكّ عن الحاجة إلى الضبط بالكتابة و لا يكون القاضى مصوناً من الاشتباه و غدر المترافعين، حتّى أنّهم قالوا: ينبغى للقاضى أن يتّخذ كاتباً بين يديه يكتب عنده الإقرار و الإنكار. «۳»

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۱۰/ ۱۱۹.

(۲) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۳۸۹.

(۳) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۱۲.

الشرط الحادى عشر: البصر

قال الشيخ أمّا كمال الخلقة فيشترط أن يكون بصيراً فإن كان أعمى لم ينعقد له القضاء لأنّه يحتاج إلى معرفة المقرّ من المنكر، و

المدّعی من المدّعی علیه و ما یکتبه کاتب بین یدیه، و إذا کان ضریراً لم یعرف شیئاً من ذلک. «۱»

و قال المحقّق: و فی قضاء الأعمی تردّد أظهره أنّه لا ینعقد لافتقاره إلی التمییز بین الخصوم و تعذر ذلک مع العمی إلّا فیما یقلّ «۲» و قد علم حاله ممّا ذکرناه فی الکتابة، و أنّه لیس کسائر الشروط من البلوغ و العدالة فیجوز نصبه لأُمور، لا یتوقّف القضاء فیها علی البصر لکنّه قلیل جدّاً. و الاضطرار إلیه فی أغلب الموارد، یجرنا إلی القول بعدم جواز نصبه.

الشرط الثانی و الثالث عشر: السلامهٔ من الصمم و الخرس

قالوا باشتراط السلامهٔ من الصمم و الخرس، لکن وزانهما وزان ما سبق من اشتراط الکتابهٔ و البصر. فلا نطیل.

الشرط الرابع عشر: الحریهٔ

و أمّا الحرّیهٔ فلا دلیل علی الاشتراط أوّلًا و أنّ عدم الابتلاء به أغنانا عن البحث عنه ثانیاً.

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۰۹.

(۲) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۸۶۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۰۹

مسائل إحدی عشرهٔ

الأُولی: فی قاضی التحکیم و المأذون

اشارهٔ

قد تعرّفت انقسام القضاء بالنسبهٔ إلی الإذن الخاص و العام إلی المنصوب و المأذون، فالأوّل هو المختصّ بزمان الحضور إذا بعث المعصوم، شخصاً معیّناً للقضاء، روی عن علی علیه السلام أنّه قال: بعثنی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم إلی الیمن قاضیاً. و بعث علیّ، عبد الله بن عباس قاضیاً إلی البصرهٔ. «۱» و أمّا المأذون فهو من أذن له الإمام علی الوجه الکلّی کما هو الحال فی الفقیه الجامع للشرائط و لا یختصّ بزمان الغیبهٔ بل یعمّها و الحضور، و الفقیه الإمامی فی البلاد النائیهٔ فی عصر الأئمّهٔ کانوا قضاهٔ مأذونین حسب المقبولهٔ و غیرها. فسیوافیک الکلام فیه بعد الفراغ عن البحث إنّما الکلام فی قاضی التحکیم. فیقع البحث فیه من جهات:

الجههٔ الأُولی: فی تفسیره و تبیین مفهومه

إنّ الهدف من القضاء هو تبیین الوظیفهٔ للمتخاصمین من حیث الواقع إذا کانت الشبههٔ حکمیهٔ، أو من حیث التنازع إذا کانت موضوعیهٔ أوّلًا، و إلزامهما علی الاعتناق بما حکم فی ظلّ القوّهٔ ثانیاً و علی ذلک فقاضی التحکیم لا یفتقد إلّا الأمر الثانی، و یُتدارک باعتناق الطرفین و رضاهما بقضائه و إجرائهما حکمه و قد کانت القضاهٔ فی عصر الأُمویین و العباسیین منقسمین إلی رسمیین و غیر رسمیین، فکانت الدولهٔ و الحکومهٔ وراء الرسمیین دون غیرهم، نعم کان وراءهم رضا الطرفین و طیب نفسهما بحکمهم. و بما أنّ

القضاء من شئون النبیّ أو وصیّه، «۲»

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۸۲

(۲) الوسائل ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۳.

قالوا: یشترط فی ثبوت الولایة إذن الإمام علیه السلام و لو استقضی أهل البلد قاضیاً لم تثبت ولایته. ثمّ استثنوا منه صورة قاضی التحکیم و قالوا: نعم لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیّة فترافعا إلیه فحکم لزمهما حکمه و إن کان هناک قاض منصوب بل و إن کان إمام. «۱» و سیوافیک وجهه.

الجهة الثانیة: فی تصویره فی زمان الغیبة

ربّما یقال انّ قاضی التحکیم مختصّ بزمان الحضور قال الشهید: و اعلم أنّ الاتّفاق واقع علی أنّ قاضی التحکیم یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب من الشرائط، التی من جملتها کونه مجتهداً و علی هذا فقاضی التحکیم مختصّ بحال حضور الإمام لیفرّق بینه و بین غیره من القضاة فیکون القاضی منصوباً و هذا غیر منصوب إلّا من جانب المترافعین و أمّا فی حال الغیبة فسیأتی أنّ المجتهد یَنفُذ قضاؤه لعموم الإذن، و غیره لا یصحّ حکمه مطلقاً فلا یتصوّر فی زمان الغیبة. قاضی التحکیم. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الفقیه مأذون فی القضاء بالإذن العام فی زمان الحضور و الغیبة مطلقاً، کما هو مقتضی المقبولة و غیرها و علیه فلا یتصوّر المنصوب إلّا فی حال الحضور مع بسط الید، کعصر الإمام علی علیه السلام، و أمّا مع عدم البسط فزمان الحضور و عصر الغیبة سیّان فی کون الفقیه مأذوناً و نافذاً حکمه من دون حاجة إلی التحکیم.

و مع ذلک یمکن تصویره فی عصر الغیبة عند ما قامت دولة إسلامیة و کان علی رأسها فقیه جامع للشرائط، کما فی عصر الدولة الصفویة حیث کان یرأسها

(۱) نجم الدین الحلی، الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۹۰، و قریب منه کلام المحقّق الأردبیلی فی شرح الارشاد، لاحظ ج ۲/ ۱۸۴ و سیوافیک نصه فی الجهة الثالثة.

فقیه جامع للشرائط کالمحقّق الکرکی و غیره و هکذا الأمر فی الثورة الإسلامیة المبارکة فی إیران فعند ذاک یمکن أن یقال إنّ کل فقیه و إن کان قاضیاً حسب المقتضی لکن لأجل إیصاد باب الفوضی، یُمْنع الفقیه عن التدخل فی القضاء إلّا بنصب من جانب الحکومة الإسلامیة. و عند ذاک یصبح تلک الظروف کعصر الحضور مع بسط الید، فینقسم القاضی إلی منصوب و غیر منصوب، فلیس لغیره القضاء و إن کان واجداً للولایة بنحو الاقتضاء لکن تمنعه رعایة المصالح العامّة إلّا بنحو التحکیم.

نعم هنا وجهان آخران لتصوّر قاضی التحکیم فی زمان الغیبة و إلیک بیانهما:

۱- ما أفاده المحقّق الأردبیلی بقوله: إلّا أن یکون أعلم منه موجوداً و یتمکّن من الوصول إلیه و إنفاذ حکمه و حینئذ یتعیّن ذلک بناءً علی القول المشهور من تعیین الأعلم و حینئذ یتصوّر تراضی الخصمین بواحد من الرعیّة فتأمّل. «۱»

و سیوافیک عدم وجوب کون القاضی أعلم فی البلد بل یکفی الصدور عن الکتاب و السنّة فعندئذ تنتفی الفائدة.

۲- ما سیجیء من المحقّق الخوئی تبعاً لصاحب الجواهر من عدم اشتراط الاجتهاد فی قاضی التحکیم فتظهر الثمرة فی غیر المجتهد، فیصحّ حکمه بعنوان التحکیم دون المجاز و سیوافیک الدلیل علی شرطیة الاجتهاد مطلقاً من غیر فرق بین المأذون و قاضی التحکیم.

الجهة الثالثة: قاضی التحکیم فی کلمات الأصحاب

قال الشیخ: إذا تراضی نفسان برجل من الرعیّة یحکم بینهما و سألاه الحکم

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۱۱۱

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۸۴

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۱۲

بینهما کان جائزاً بلا خلاف فإذا حکم بینهما لزم الحکم و لیس لهما بعد ذلک خیار. «۱»

و قال فی المبسوط: إذا ترافع نفسان إلی رجل من الرعیّة فرضیا به حکماً و سألاه أن یحکم لهما بینهما، جاز و إنّما یجوز أن یرضیا بمن یصلح أن یلی القضاء و هو أن یکون من أهل العدالة و الکمال و الاجتهاد علی ما شرحناه من صفة القاضی لأنّه رضی به قاضیاً فأشبه قاضی الإمام. «۲»

و قال المحقق: و لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیّة فحکم لزمهما حکمه فی کل الأحکام. «۳»

و قال ابن سعید الحلی: و إن اختار الخصمان رجلًا یحکم بینهما و له شروط القضاء لزمه حکمه. «۴»

و قال العلامة: و لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیّة و حکم بینهما لزمهما حکمه. «۵»

و قال الأردبیلی: نعم لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیّة أن یحکم بینهما بحکم الله و لم یکن مأذوناً و منصوباً بخصوصه من الإمام و نائبه للحکم و القضاء، و حکم بحکم موافق للحق و نفس الأمر، بشرط اتصافه بشرائط الحکم غیر الإذن من الاجتهاد و العدالة، صحّ ذلک الحکم و مضی حکمه فیهما و لیس لهما نقضه بعده و لا یشترط الرضاء بعد الحکم علی المشهور و لا یجوز لهما خلاف ذلک و هذا إنّما یتصوّر فی زمان الحضور و إمکان الاستئذان. لا حال الغیبة التی لا یمکن

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۴۰.

(۲) المبسوط: ۸/ ۱۶۴.

(۳) النجفی: الجواهر، ج ۴۰، قسم المتن ۲۳.

(۴) ابن سعید الحلّی: الجامع للشرائع، ۵۳۰.

(۵) العلّامة الحلّی: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۸، ط النشر الإسلامی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۱۳

الاستئذان، إذ حینئذ کل من اتصف بما تقدّم من الشرائط فهو قاض و حاکم و لم یحتج إلی شیء آخر غیر ذلک کما تقرّر عندهم. «۱»

الجهة الرابعة: ما هو الدليل على مشروعيّته؟

اشارة

استدل الأصحاب على نفوذ قضائه بوجوه قاصرة نشير إليها:

۱- استدل الشيخ فی الخلاف بما روی عن النبیّ الأكرم صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه قال: من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى. «۲»

يلاحظ عليه: أنّه على فرض صحّة الاحتجاج به يدلّ على أنّه يجب عليه الحكم بالعدل، و أنّه لو انحرف فعليه لعنة الله و أمّا أنّه ينفذ حكمه و يحرم خلافه فلا إذ من المحتمل أن يكون للمتخاصمين خيار بعد الحكم أيضاً.

فإن قلت: إذا افترضنا أنّه حكم بالحق، فلا معنى للخيار بعد الحكم به.

قلت: ذلك إذا حكم بالحق الواقعی لا الظاهری، و حكم القاضی، حكم ظاهری لا واقعی، و لزوم الأخذ به مختصّ بالثانی دون الأعم منه و من الأوّل و أمّا لزوم الأخذ بحكم القاضی لا لأجل كونه حكماً حقّاً، بل لأجل الروايات التی منها المقبولة.

۲- ما مرّ من العمومات فی الآيات و الروايات من لزوم الحكم بالحق و القسط و ما أنزل الله دون غيرها، و هو مطلق يعمّ كلا الصنفين، و قد دلّت الأدلّة على نفوذ حكمه إذا حاز ذلك الشرط.

يلاحظ عليه: عدم الإطلاق فی العمومات من هذه الناحية فإنّها بصدد بيان لزوم كون الحكم على وفق ما أنزل الله، لا على وفق الحكم الجاهلی، و أمّا من هو

---

(۱) الأردبيلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۸۴.

(۲) الطوسی: الخلاف: ۳/ ۳۲۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۱۴

الحاكم و ما شرائطه فليست بصدد بيانه حتى يتمسّك بإطلاقها.

۳- إنّ الصحابة قاموا بعمل التحكيم، و لم ينكره الإمام أمير المؤمنين عليه السلام.

يلاحظ عليه: أنّه لم يدلّ دليل على أنّه كان بمرأی و منظر منه. نعم لو كان و سكت كان دليلًا على السعة.

لكن الظاهر أنّا لا نحتاج فی إثبات نفوذ حكمه إلى دليل خاص وراء العمومات الدالّة على نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، و ذلك لأنّ المستفاد منها، هو نفوذ حكم الفقيه مطلقاً، فی زمان الحضور و الغيبة، و توهم اختصاصها بزمانها، غير تام، لأنّ المقبولة تضمّنت حجية قول الفقيه فی عصر الصادق و بعده فكيف تكون مختصّة بعصر الغيبة؟

غير أنّه إذا كانت للإمام المعصوم قدرة ظاهرية، أو كان هناك حكومة إسلامية يرأسها الفقيه النائب عن الإمام المعصوم، يتوقف جواز القضاء على النصب، لا لعدم المقتضی و عدم الصلاحية بل لأجل وجود المانع و هو تسرّب الفوضى إلى المجتمع الإسلامی، و ليس المقيّد دليلًا شرعياً حتى يؤخذ بإطلاقه و إنّما حكم عقلیّ لغاية صدّ تسرّب الفساد فی وجه الأُمة فلأجل ذلك يشتغل الفقيه المنصوب بالقضاء دون غيره حفظاً للمصالح و لكن الفساد رهن اشتغال غير المنصوب كالمنصوب، لاما إذا اشتغل به فی واقعة أو واقعتين بصورة استثنائية، لأجل رضا الطرفين، فلا يتسرّب الفساد و عند ذاك تكون العمومات شاملة له كالمنصوب، لوجود المقتضی و عدم وجود المانع.

الاستئناس بالآيات و الروايات

و یمکن الاستئناس ببعض الآیات و الروایات فی إثبات مشروعیّته و إنّما عبّرنا به دون الاستدلال لعدم الوثوق بکونها واردهٔ فی قاضی التحکیم:

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۱۵

۱ ما ورد فی شقاق الزوجین من بعث الحکمین من جانبهما لینظرا فی شقاقهما قال سبحانه: (وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَیْنِهِما فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِها إِنْ یُرِیدا إِصْلاحاً یُوَفِّقِ اللَّهُ بَیْنَهُما إِنَّ اللَّهَ کانَ عَلِیماً خَبِیراً) (النساء/ ۳۵) و کأنّ الطرفین اتّفقا علی أن یبعث کل حکماً حتی یتشاوروا ثمّ یحکما، فالحکم بالتالی لکل من الطرفین، هو مجموعهما. و لو اتّفقا علی رأی یکون نافذاً.

و الذی یبعِّد أن یکون مفاد الآیهٔ من قبیل قاضی التحکیم، أنّه لو کان من ذاک لزم تواجد جمیع شروط القاضی فی الحکمین من الإیمان و العدالهٔ و الاجتهاد، و هو کما تری إذ لو وجبت الرعایهٔ لانسدّ باب التحاکم فی أُمور الأُسرهٔ.

۲- ما ورد فی تشاجر قبائل قریش عند بنیان الکعبهٔ حیثما انتهی أمرهم فی نصب الحجر الأسود فی موضعه، فکل قبیلهٔ أرادت أن ترفعه إلی موضعه دون الأُخری حتی أُعِدّوا للقتال إلی أن اتّفقوا علی قضاء «محمّد صلَّی الله علیه و آله و سلَّم» و هو ابن خمس و ثلاثین سنهٔ. «۱»

۳- لما انسحب جیش قریش و یهود خیبر عن المدینهٔ و ترکوا حلیفهم «بنی قریظهٔ» فی المدینهٔ و هم قد نقضوا عهدهم مع المسلمین فی غزوهٔ الأحزاب، حاصرهم رسول الله خمساً و عشرین لیلهٔ حتّی جهدتهم الحصارهٔ و قذف الله فی قلوبهم الرعب، فنزلوا علی حکم سعد بن معاذ، و قبله الرسول صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فحکم فی حقّهم بما هو المعروف فی تاریخ السیرهٔ. «۲»

۴- و لعلّ نزول الإمام علی علیه السلام و معاویهٔ علی حکم الحکمین مشروطاً بشروط، من هذا القبیل.

إنّ هذا المقدار من الشواهد التاریخیهٔ یثبت جوازها، أضف إلیه، أنّ الرجوع

---

(۱) ابن هشام: السیرهٔ النبویهٔ ۱/ ۱۹۷.

(۲) ابن هشام: السیرهٔ النبویهٔ ۲/ ۲۳۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۱۶

إلی الحکم الحرّ أمر رائج بین الأُمم و من البعید أن یکون غیر مشروع فی الإسلام.

نعم هناک روایات ربّما تحمل علی قاضی التحکیم:

۱- روی أبو بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال فی رجل کان بینه و بین أخ له مماراهٔ فی حقّه فدعاه إلی رجل من إخوانه لیحکم بینه و بینه، فأبی إلّا أن یرافعه إلی هؤلاء: کان بمنزلهٔ الذین قال الله عزّ و جلّ: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ) «۱»، «۲»

۲- روی أبو بصیر قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: قول الله عزّ و جلّ فی کتابه: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ) «۳» فقال: «یا أبا بصیر إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ فی الأُمّهٔ حکّاماً یجورون أمّا أنّه لم یعن حکّامَ العدل و لکنّه عنی حکّام أهل الجور یا أبا محمد! انّه لو کان لک علی رجل حقّ فدعوته إلی حکّام العدل فأبی علیک إلّا أن یرافعک إلی حکّام أهل الجور لیقضوا له لکان ممن حاکم إلی الطاغوت ...». ۴

۳- روی الحلبی قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ربّما کان بین الرّجلین من أصحابنا المنازعهٔ فی الشیء فیتراضیان برجل منّا فقال: «لیس هو ذاک إنّما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط». ۵

أقول: الروایات تحتمل وجهین:

۱- إنّها واردهٔ فی قاضی التحکیم فإنّ مقوّمه عبارهٔ عن أُمور ثلاثهٔ: أ کونه غیر منصوب. ب کونه جامعاً للشرائط. ج تراضی

المتخاصمين على قضائه. و الموارد فيها جامع لها.

---

(۱) النساء: ۶۰.

(۲) ۲ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲ و ۳.

(۳) البقرة: ۱۸۸.

(۴) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۱۷

۲- إنّها واردة فى القاضى المأذون و هو يتقوّم بالشرطين الأوّلين و لا يتوقف على التراضى، غير أنّ أخذ الثالث فيها لأجل أنّه لولاه لما يثمر الرجوع إليه إلّا إذا كانا متدينين معتنقين و هو قليل.

و الظاهر أنّها واردة فى القاضى المأذون و أنّ وزانها وزان المقبولة و روايتى أبى خديجة حيث جاء فيها أيضاً، قيد التراضى و ما هذا إلّا لأجل أن يكون الرجوع مفيداً و مثمراً و إلّا سواء تراضيا أم لا فإنّ العمل بقولهم من واجبهم.

المقبولة و قاضى التحكيم

و لمّا بلغ الكلام إلى المقبولة و روايتى أبى خديجة فَلْندرسها فإنّ بعض الأعاظم، حاول تطبيق ما ورد فى باب القضاء من إرجاع الناس إلى الفقيه الجامع للشرائط على قاضى التحكيم فلنبحث فى المقبولة و غيرها.

أمّا المقبولة فالذى يوهم كون موردها من قبيل قاضى التحكيم أمران:

۱- قوله عليه السلام: «فليرضوا به حكماً، فإنّى قد جعلته عليكم حاكماً». «۱» فإنّ رأى القاضى المنصوب و المأذون نافذ شرعاً رضيا به أم لا.

۲- فرض تعدّد القاضى حيث قال: فإن كان كل واحد، اختار رجلًا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين فى حقّهما و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا فى حديثكم.

فقال: «الحكم ما حكم به أعدلهما، و أفقههما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر». «۲»

وجه الدلالة: إنّ اختيار كل من الطرفين رجلًا لا يصحّ فى القاضى المنصوب

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۱۸

بل يجب عليهما فيه الرجوع إلى قاض واحد، فالقاضى المنصوب و إن كان يتعدّد وجوداً لكن لا يتعدّد رجوعاً.

يلاحظ على الوجه الأوّل: أنّ المراد هو القاضى المأذون و بما أنّ قضاءه نافذ شرعاً، لا عرفاً و قانوناً و ليست الدولة وراءه، أمر الإمام المتخاصمين بالتراضى حتى يكون جابراً لما يفوته من القدرة الظاهرية.

يلاحظ على الوجه الثانى: أنّه لو كان المختلفان فى الرأى من قبيل قاضى التحكيم، لما وجب على أحد المتخاصمين الأخذ بالقول الأرجح، لأنّه رضى بالراجح لا بالأرجح. و بعبارة أُخرى رضى بقضاء العادل الفقيه الصادق الورع لا بقضاء الأعدل الأفقه الأصدق الأورع، فإلزامه بالأخذ لا يتفق مع كونه قاضى التحكيم، فلا مناص من إرجاعه إلى القاضى المأذون.

روايتا أبى خديجة و قاضى التحكيم

قد ورد فی إحدی روایتیه: «فاجعلوه بینکم فإنّی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا إلیه» «۱» و فی الأُخری: «اجعلوا بینکم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً». «۲»

وجه الدلالهٔ أنّه أمرهما بجعله قاضیاً فإنّ القاضی المنصوب و المأذون، لا یحتاج إلی جعل المتخاصمین.

یلاحظ علیه: أنّ الدعوهٔ إلی الجعل، لیس لأجل مدخلیته فی مشروعیهٔ القضاء کما هو الحال فی مورد التحکیم، و إنّما هی لأجل تدارک ما یفوت المأذون من القوّهٔ المجریهٔ، حتی یقوم إقدامهما بالجعل مقامها.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

۳ روایهٔ داود بن الحصین و قاضی التحکیم

روی داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجلین اتّفقا علی عدلین جعلاهما بینهما فی حکم وقع بینهما فیه خلاف فرضیا بالعدلین فاختلف العدلان بینهما، عن قول أیّهما یمضی الحکم؟ قال: «ینظر إلی أفقههما و أعلمهما بأحادیثنا و أورعهما فینفذ حکمه و لا یلتفت إلی الآخر». «۱»

و لیس الموهم إلّا قوله: فرضیا و قد عرفت وجهه.

أضف إلیه أنّه جزء من روایهٔ المقبولهٔ، لأنّ الراوی لها عن عمر بن حنظلهٔ هو داود بن الحصین، فنقل جزء منها، بحذف آخر السند، أو سقوطه من قلم النساخ، فیأتی فیها ما قلناه فی المقبولهٔ.

و بذلک یعلم حال روایهٔ موسی بن اکیل «۲» فلا نطیل الکلام.

فاتّضحت أنّه لا_وجه لحمل تلک الروایات الواردهٔ فی القاضی المأذون علی قاضی التحکیم و لیس القاضی منحصراً بالمنصوب و التحکیم حتی یدور الأمر بینهما کما ربّما یبدو من بعضهم فهناک قسم ثالث و هو القاضی المأذون و الروایات وردت فی حقّه.

الجههٔ الخامسهٔ: فی بیان ما هو الشرط فی قاضی التحکیم

هل یشترط فی قاضی التحکیم، کل ما یشترط فی القاضی المنصوب، سوی کون الثانی منصوباً دون الأوّل، أو لا یشترط فیه سوی الأمور العامّهٔ من العقل و البلوغ و الإسلام و الإیمان؟

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۴۵.

صریح المحقّق هو الأوّل، قال: یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب عن الإمام علیه السلام «۱» و قال الشهید فی المسالک: «و اعلم أنّ الاتّفاق واقع علی أنّ قاضی التحکیم یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب من الشرائط التی من جملتها کونه مجتهداً».
«۲»

و الحق هو الاشتراط و الدليل حسب ما استظهرنا من عمومات نفوذ قضاء الفقيه، واضح، لما مرّ من أنّ الموضوع لنفوذ القضاء هو الصادر عن الكتاب و السنّة الذى يعبّر عنه اليوم بالفقيه الجامع للشرائط أو المجتهد، من غير فرق بين زمان الحضور (من عصر الصادق بل قبله أيضاً لوحدة الحكم فى جميع الأزمنة) و زمان الغيبة، غير أنّ الظروف الخاصة كبسط اليد، أو قيام الدولة الحقّة قسّمه إلى منصوب و غير منصوب، و إلّا فالجميع داخل تحت عنوان الفقيه و لا يمنع عن قضاء غير المنصوب، شىء سوى إيصاد باب الفوضى، و عند ذلك، يكون دليل الشروط فى الجميع واحداً، فلو كان شىء شرطاً فى المنصوب يكون شرطاً فى غيره لكونه شرطاً لنفوذ قضائه لا للنصب.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر استظهر من روايتى أبى بصير و الحلبى الماضية، عدمَ اشتراط أى شىء خاص فى قاض التحكيم سوى الشروط العامة من البلوغ و العقل و الإسلام و الإيمان، قائلًا بأنّ الموضوع فى الرواية الأُولى لأبى بصير هو الدعوة إلى قضاء الأخ فقط حيث قال: «فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه» «۳» كما أنّ الموضوع فى الرواية الثانية له هو كونه حاكماً بالعدل كما قال: «لو كان لك على رجل حقّ فدعوته إلى حكام أهل العدل ...». ۴ و الموضوع فى الثالث هو «رجل من الشيعة» كما قال: «فيتراضيان برجل منّا» ۵ فإنّ مفاد هذه الروايات

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۲۸ قسم المتن.

(۲) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۳۹۰.

(۳) ۳ و ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲، ۳، ۸.

أنّهم أذنوا لشيعتهم أجمع، الحكم به و أنّ المدار هو القضاء بأحكامهم لا «۱» بغيرها.

يلاحظ عليه أوّلًا: ما عرفت من عدم ثبوت ورود هذه الروايات فى مورد قاضى التحكيم، بل هو أحد الاحتمالين، و الاحتمال الآخر كونها واردة فى حقّ القاضى المأذون و أخذ قيد «الدعوة إلى الأخ»، و «حكّام العدل» أو «برجل منّا»، لتدارك ما يفوت المأذون من القوّة و القدرة، على ما تقدّم.

و ثانياً: أنّ الروايات بصدد بيان أصناف القضاة و أنّه لا يجوز الرجوع إلى حكّام الجور، بل يجب الرجوع إلى حكّام العدل، و أمّا ما هو شرائط أُولئك الحكّام؟ فليست الروايات بصدد بيانها، بل يمكن الاستئناس من عطف أحد الحكّام على الآخر، وحدة حكمهما، لأنّ حكّام الجور يوم ذاك كانوا من فقهاء العامة و من الذين كانوا يصدرون عن الكتاب و السنّة فليكن حكّام العدل أيضاً مثلهم.

إنّ المحقّق الخوئى ممن ذهب إلى عدم شرطية الاجتهاد فى قاضى التحكيم، اعتماداً برواية أبى خديجة الّتى جاء فيها قوله: «و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم» «۲» حيث حملها على قاضى التحكيم، و قد مرّ الكلام فيها و أنّه لا يصح الاحتجاج بها، لأجل احتمال وحدة الروايتين و تردّد اللفظ الصادر عن أئمة أهل البيت بين دال على شرطية الاجتهاد و عدمه.

الجهة السادسة: فى اشتراط الرضا بعد القضاء و عدمه

المشهور، عدم اشتراط الرضا بعد القضاء قال الشيخ فى المبسوط: إذا ترافع نفسان إلى رجل من الرعيّة فرضيا به حكماً بينهما و سألاه أن يحكم لهما بينهما جاز و إنّما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلى القضاء و هو أن يكون من أهل العدالة

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۳۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۲

و الكمال و الاجتهاد، على ما شرحناه من صفة القاضى، لأنّه رُضى به قاضياً فأشبه قاضى الإمام، و لا فصل بين أن يرضيا به فى بلد فيه حاكم سواه أو لا حاكم فيه، الباب واحد لأنّه إذا كان ذلك إليهما فى بلد لا قاضى به، كذلك فى بلد به قاض.

فإذا ثبت أنّه جائز فإذا نظر بينهما فمتى يلزم حكمه فى حقّهما؟ قال قوم: بالرضا بما حكم به بعد حكمه. و قال آخرون: يلزم حكمه بما يلزم به حكم الحاكم و هو إذا أمضاه هو عليهما لما روى عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» فلولا أنّ حكمه بينهما يلزم، ما تواعده باللّعن عند الجور. «۱»

و قال فى الخلاف: إذا تراضى نفسان برجل من الرعيّة يحكم بينهما و سألاه الحكم بينهما، كان جائزاً بلا خلاف فإذا حكم بينهما لزم الحكم و ليس لهما بعد ذلك خيار و للشافعى فيه قولان: أحدهما أنّه يلزم بنفس الحكم كما قلناه و الثانى: يقف بعد إنفاذ حكمه على تراضيهما، فإذا تراضيا بعد الحكم لزم. «۲»

و قال المحقّق: و لا يشترط رضاهما بعد الحكم. «۳»

و قال العلّامة فى القواعد: و لا يجوز نقض ما حكم به ممّا لا ينتقض فيه الأحكام و إن لم يرضيا بعده إذا كان بشرائط القاضى المنصوب فى الإمام. «۴»

و قال الشهيد: قضاء التحكيم و هو سائغ و إن كان فى البلد قاض و يلزم الخصمين المتراضيين به حكمه حتّى فى العقوبة و هل يشترط رضاهما بعد الحكم؟ الأقرب لا. «۵»

و قال الأردبيلى: مضى حكمه بينهما و ليس لهما نقضه بعده و لا يشترط الرضا

---

(۱) الطوسى: المبسوط ۸/ ۱۶۴.

(۲) الطوسى: الخلاف ۳، كتاب القضاء، المسألة ۴۰.

(۳) النجفى: الجواهر ۴۰/ ۲۳، قسم المتن.

(۴) العاملى: مفتاح الكرامة ۱۰/ ۳، قسم المتن.

(۵) الشهيد: الدروس ۲/ ۱۸۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۳

بعد الحكم على المشهور و لا يجوز لهما خلاف ذلك. «۱»

و قال الشهيد الثانى فى الروضة: و هل يلزم حكمه بنفس الحكم، كحكم القاضى أو لا يلزم إلّا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان و يقال وجهان: أظهرهما الأوّل. «۲»

نعم قال العلّامة فى التحرير: و لو تراضى خصمان بواحد من الرعيّة و ترافعا إليه فحكم لم يلزمهما الحكم و إن كان غائباً. «۳»

و مع ذلك فالحقّ هو عدم الحاجة إلى التراضى، و ذلك لوجهين:

۱- إنّ قاضى التحكيم، ليس موضوعاً جديداً بل هو و القاضى المنصوب من أقسام القاضى المأذون فى عصر الغيبة، غير أنّ حفظ النظم، ألجأ غير المنصوب الى الانسحاب من ساحة القضاء مع أنّ له أهليّة القضاء و صلاحيته فإذا قضى فى مورد لا تشمله أدلّة المنع، تعمّه أدلّة نفوذ القضاء و أنّه: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما استخف بحكم الله و علينا ردّ و الرادّ علينا الرادّ على الله». «۴»

۲- إذا كان نفوذ الحكم منوطاً بتراضى الطرفين، تلزم لغوية القضاء لأنّه لا يخلو إمّا أن يحصل التراضى أو لا. فعلى الأوّل، يكون الفاصل، هو التراضى دون القضاء و يكون القضاء بمنزلة الإفتاء، و على الثانى، يطرح و يكون بلا أثر.

و إلی ما ذکرنا یشیر الشیخ فی الخلاف و یقول: و أیضاً لو کان الحکم لا یلزم بنفس الالتزام و الانقیاد، لما کان للترافع إلیه معنی فإن اعتبر التراضی کان ذلک موجوداً قبل الترافع إلیه. «۵»

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة ۲/ ۱۸۲.

(۲) زین الدین: الروضة ۳/ ۷۱.

(۳) التحریر: کتاب القضاء ۱۸۰.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۵) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲۴

فإن قلت: إنّ قوله علیه السلام فی صحیح الحلبی: «لیس هو ذاک، إنّما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط» «۱» إذا کان وارداً فی قاضی التحکیم یکون مفاده شرطیة النفوذ بالتراضی.

قلت: مضافاً إلی ما عرفت من أنّ الحدیث یحتمل أمرین، أنّ الفقرة عنوان مشیر إلی السلطات الجائرة، الذین کانوا یجبرون الناس علی أحکامهم الباطلة بالسیف و السوط، و إلّا فهل یمکن لأحد أن ینکر لزوم القوّة و القدرة فی إجراء الأحکام الحقّة؟ قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «الخیر کلّه فی السیف و تحت ظلّ السیف و لا یقیم الناس إلّا السیف». «۲»

الجهة السابعة: نفوذ حکمه بحقوق الناس و عدمه

اشارة

الظاهر من کلمات الأصحاب نفوذ حکمه مطلقاً. قال المحقّق یعمّ الجواز کل الأحکام. «۳»

و قال العلّامة فی القواعد: «لزمهما حکمه فی کل الأحکام حتّی العقوبات». «۴» و قال شارح القواعد: «و المراد بالعقوبة فی کلام المصنف، الحبس و إقامة الحدود و التعزیر و النفوذ نفساً و طرفاً» و قال (المصنّف) فیما بعد: «و هل له الحبس و استیفاء العقوبة إشکال» فلا أراه إلّا رجوعاً. ۵

و قال فی الدروس: «و یلزم الخصمین المترافعین به حکمه حتی فی العقوبات». ۶

و قال فی المسالک: «و ظاهر الأصحاب و صریح بعضهم ثبوت هذا الحکم فی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱ الباب ۱ من أبواب جهاد العدو، الحدیث ۱.

(۳) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۴) ۴ و ۵ العاملی: مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۳۰ متناً و شرحاً.

(۵) ۶ مکی العاملی: الدروس: ۲/ ۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲۵

جمیع ما یقع فیه التداعی من المال و النکاح و القصاص و الحدود و غیرها لوجود المقتضی فی الجمیع و عموم الخبر، و استشکل العلّامة ثبوته فی الحبس و استیفاء العقوبة من حیث إنّه ولایة شرعیة و أمر خطیر فلا یصلح أن یکون لغیر الحاکم الشرعی و هو قول

لبعض الشافعية نعم يختصّ بحقّ الآدمى حيث إنّه يتوقّف على نصب المتخاصمين فلا يحكم فى حقوق الله تعالى إذ ليس لها خصم معيّن، و يختصّ حكمه بمن رضى فلا يضرب دية القتل خطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه و لا يكفى رضى القاتل. «۱»

و يظهر نظرنا فى المقام ممّا ذكرناه فى الجهات السابقة و هو نفوذ رأيه و قضائه فى جميع الموارد، إلّا فيما إذا لم يكن فى المورد مشتك، و ذلك لأنّه لا يقصر عن القاضى المنصوب قدر شعرة و ربّما يترجّح عليه و إنّما عاقه عن التصدى صيانة النظام عن تسرّب الفوضى إليه، فإذا كان المانع مفقوداً، فيكون قضاؤه نافذاً.

نعم فيما إذا لم يكن هنا أىّ مشتك، فلا موضوع للتحكيم كما لا يخفى.

فى نفوذ قضاء الفقيه الإمامى: القاضى المأذون

اشارة

قد عرفت أنّ القاضى ينقسم إلى قاض منصوب يختصّ بزمان الحضور مع بسط اليد، و قاضى التحكيم يتوقّف نفوذ قضائه على رضاء الطرفين و هو يختصّ عند الأصحاب بزمان الحضور، مع عدم بسطها و قد عرفت إمكان تصويره فى زمان الغيبة أيضاً كما تقدّم و قاض مأذون من جانبهم و منصوب عنهم بالنصب العام، لا الخاص و لأجل التفريق بين القسمين نسمّيه بالمأذون لا بالمنصوب و إلّا فالنصب ممّا لا بدّ منه عموماً أو خصوصاً و ما فى المسالك: «و أمّا مع عدم تمكّن ذلك إمّا لغيبته أو لعدم بسط يده، فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط و هو نصب الإمام له» محمول على سقوط النصب الخاص لا العام و إلّا فيفقد الولاية

---

(۱) زين الدين: المسالک ۲/ ۳۸۹-۳۹۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۲۶

كما سيوافيك توضيحه. و على كل تقدير يقع الكلام فى جهات:

الجهة الأُولى: فى نقل كلمات الأصحاب فى نفوذ قضاء الفقيه

اتّفق الأصحاب على أنّه ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السَّلام الجامع للصفات المشروطة فى الفتوى:

۱- قال المحقّق: فمع عدم حضور الإمام عليه السلام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات المشترطة فى الفتوى. «۱»

۲- قال ابن سعيد: فإن تنازع المؤمنون حال انقباض يد الإمام عليه السلام فالحاكم من روى حديثهم و عرف أحكامهم و الرادّ عليه كالرادّ عليهم. «۲»

۳- قال العلّامة فى الإرشاد: و فى حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوى. «۳»

۴- قال فى القواعد: و فى حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء. «۴»

۵- قال الشهيد فى الدروس: و فى غيبة الإمام ينفذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط. «۵»

۶- قال الشهيد الثانى: و ينفذ عندنا قضاء الفقيه العدل الإمامى الجامع لباقى الشرائط و إن لم يتراض الخصمان. «۶»

۷- قال المحقّق الأردبيلى معلّقاً على قول العلّامة فى الإرشاد: دليله كأنّه الإجماع و الأخبار المتقدّمة الدالّة على جعله العالم بالأحكام قاضياً و حاكماً و أنّ

---

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع ۴/ ۶۸.

(۲) ابن سعيد الحلّى: الجامع للشرائع ۵۳۱.

(۳) العلّامهٔ: إرشاد الأذهان.: ۲/ ۱۳۸.

(۴) مفتاح الکرامهٔ، قسم المتن ج ۱۰/ ۳.

(۵) مکی العاملی: الدروس ۲/ ۶۷.

(۶) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۳۹۰.

خلافه لا یجوز بل الرادّ علیه هو الرادّ علی الله و هو علی حدّ الشرک بالله و إن لم یکن سندها معتبراً علی ما عرفت إلّا أنّ مضمونها موافق للعقل و کلامهم و قواعدهم المقرّرهٔ. «۱»

الجههٔ الثانیهٔ: فی إغناء الإذن عن النصب

التصفح فی کلمات الأصحاب یعرب عن اتّفاقهم علی إغناء الإذن العام عن النصب قال الشهید الثانی: أمّا مع عدم ذلک (التمکّن من الإمام) إمّا لغیبته أو لعدم بسط یده فیسقط هذا الشرط من جملهٔ الشرائط و هو نصب الإمام له. «۲»

و قال المحقق الأردبیلی عند البحث فی روایات المقام: لعلّهم خصّوا بحال الغیبهٔ و عدم إمکان النصب و الإذن للإجماع و نحوه. «۳»

أقول: مرادهم من الغناء عن النصب، نصب الإمام المعصوم و ذلک لعدم التمکّن و لکن لا یستلزم ذلک، الغنی عن النصب مطلقاً و لو عن جانب الحاکم الأعلی إذا قامت دولهٔ حقّ للإسلام یرأسها فقیه جامع للشرائط، فإنّ صیانهٔ النظام عن تسرّب الفوضی یقتضی توقف النفوذ علی نصب الحاکم الأعلی و ذلک لا لعدم المقتضی، بل لرعایهٔ المصالح الملزمهٔ.

الجههٔ الثالثهٔ: فی سعهٔ نفوذ قضائه

لا شکّ فی نفوذ قضاء الفقیه فی الجملهٔ، و إنّما الکلام فی سعهٔ نفوذه فیظهر منهم أنّه نافذ حتی فی الموارد التالیهٔ:

۱- ینفذ حکمه علی مجتهد آخر یخالفه فی الرأی.

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدهٔ ۱۲/ ۱۸.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۳۹۰.

(۳) الأردبیلی: مجمع الفائدهٔ ۱۲/ ۱۸.

۲ ینفذ حکمه علی مقلد مجتهد آخر یخالفه فی الرأی.

۳- لا- یجوز نقض حکمه بحکم آخر إلّا إذا علم علماً قطعیاً بمخالفته للواقع بأن کان مخالفاً للإجماع المحقّق أو الخبر المتواتر أو تبیّن تقصیره فی الاجتهاد، ففی غیر هاتین الصورتین لا یجوز نقضه و إن کان مخالفاً لدلیل قطعی نظری کإجماع استنباطی أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع مع احتمال عدم حصوله للحاکم الأوّل أخذاً بإطلاق عدم جواز ردّ حکم الحاکم الذی منه نقضه إلّا إذا حصل القطع بکونه علی خلاف الواقع فلا یکفی فی جواز النقض کون الدلیل علمیاً لبعض دون بعض. «۱»

۴- لا یجوز نقض الحکم بالفتوی المخالف.

۵- یجوز نقض الفتوی بالحکم فی مورد ذلک الحکم مثلًا إذا ترافع شخصان علی بیع شیء من المائعات و قد لاقی عرق الجنب من حرام مثلًا عند من یری طهارته فحکم بذلک کان محکوماً بالطهارهٔ للمحکوم علیه و إن کان مجتهداً یری نجاسته أو مقلّد مجتهد کذلک، لإطلاق دلیل ما دلّ علی وجوب قبول حکمه و أنّه حکمه و الرادّ علیه کالرادّ علیهم و یخرج حینئذ هذا الجزئی من کل

الفتوی بأنّ المائع الملاقی عرق الجنب عن حرام، نجس فی حقّ ذلک المجتهد و مقلّدته و کذا البیوع و الأنکحهٔ و الطلاق و الوقوف و غیرها و هذا معنی وجوب تنفیذ الحاکم الثانی ما حکم به الأوّل و إن خالف رأیه ما لم یعلم بطلانه. «۲»

و بما أنّ المحقّق و شرّاح الشرائع بحثوا عن هذه الأحکام بعد الفراغ عن صفات القاضی و آدابه، فی ضمن المسألهٔ الثالثهٔ، فنحن أیضاً نقتفی أثرهم فانتظر.

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۲۶.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۹۸ و وافقه السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروهٔ: ۲/ ۲۷، المسألهٔ ۳۵، و لاحظ العروهٔ الوثقی قسم التقلید، المسألهٔ ۵۵، فقد أفتی فیها السید بفساد المعاملهٔ من رأس، و هو ینافی مع ما ذکره فی المقام و سیوافیک تفصیله فی محلّه.

الجههٔ الرابعهٔ: فی حرمهٔ الترافع إلی حکّام الجور

اشارهٔ

یحرم الرجوع إلی حکّام الجور إجمالًا و إلیک کلمات الفقهاء:

۱- قال المحقّق: و لو عدل إلی قضاهٔ الجور و الحال هذه کان مخطئاً. «۱»

۲- قال أبو سعید: و لا یجوز الترافع إلّا إلی الإمام أو نائبه، و من أذن له. «۲»

۳- قال العلّامهٔ: و من عدل عنه إلی قضاهٔ الجور کان عاصیاً. «۳»

۴- قال الشهید الثانی بعد نقل روایهٔ أبی خدیجهٔ و المقبولهٔ: و قد ظهر منها الحکم بتخطئهٔ التحاکم إلی أهل الجور. «۴»

۵- قال المحقّق الرشتی: لا یجوز الترافع و التحاکم إلی حکّام الجور فی حال الاختیار أی مع إمکان الرجوع إلی حکّامنا بالأدلّهٔ الأربعهٔ. «۵»

۶- قال السیّد الطباطبائی: لا یجوز الترافع إلی قضاهٔ الجور اختیاراً و لا یحلّ ما أخذه بحکمهم إذا لم یعلم بکونه محقّاً إلّا من طرف حکمهم. «۶»

إلی غیر ذلک من الکلمات الواردهٔ فی الکتب الفقهیهٔ فی عنوان المسألهٔ و یدل علی التحریم: الکتاب و السنّهٔ و العقل.

أمّا الکتاب فقوله سبحانه: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ وَ یُرِیدُ الشَّیْطانُ أَنْ یُضِلَّهُمْ ضَلالًا بَعِیداً). (النساء/ ۶۰). و روی المفسّرون أنّه کان بین رجل من الیهود و رجل من المنافقین خصومهٔ فقال الیهودی: أُحاکم إلی

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۲) أبو سعید الحلی: الجامع للشرائع ۵۳۰.

(۳) العلّامهٔ: الایضاح ۴/ ۲۹۴، قسم المتن.

(۴) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۳۹۰.

(۵) الرشتی: القضاء: ۱۴.

(۶) السید الطباطبائی: ملحقات العروهٔ ۲/ ۹.

محمّد لأنّه علم أنّه لا یقبل الرشوة و لا یجور فی الحکم فقال المنافق: لا! بل بینی و بینک کعب بن الأشرف لأنّه علم أنّه یأخذ الرشوة. «۱» و مورد الآیة و إن کان هو الیهود لکن المتفاهم هو کل من یحکم بغیر الحقّ. قال الطبرسی: و الطاغوت یوصف به أیضاً کل من طغی بأن حکم بخلاف حکم الله، و صریح الآیة أنّه لا یجتمع الإیمان بما أنزل الله إلی نبیّه و الأنبیاء السالفین، مع التحاکم إلی الطاغوت، بل لا یجتمع زعم الإیمان بالله مع إرادة التحاکم إلیه، فإذا لم یجتمع زعم الإیمان معه، فکیف یجتمع الإیمان مع الرجوع، و ذکر زعم الإیمان دون الإیمان نفسه لأجل الإیعاز إلی نفاقه.

و أمّا من السنّة فیکفی فی ذلک، ما فی المقبولة: «من تحاکم إلیهم فی حقّ أو باطل فإنّما تحاکم إلی طاغوت و ما یحکم له فإنّما یأخذ سحتاً و إن کان حقّه ثابتاً لأنّه أخذه بحکم الطاغوت و قد أمر الله أن یکفر به». «۲» أضف إلی ذلک روایة أبی خدیجة ۳ و صحیح الحلبی ۴ و روایتی أبی بصیر ۵ و ۶ و داود بن الحصین ۷ و خبر موسی بن أکیل النمیری ۸ التی تقدمت و غیر ذلک من الروایات الواردة فی المقام.

و أمّا من العقل، فإنّ حکم الجائر بینهما حرام و الترافع إلیه یقتضی ذلک فیکون اعانة علی الإثم و هی منهیّ عنها.

و أورد علیه فی الجواهر: بمنع الصغری أوّلًا و منع حرمة الکبری ثانیاً ۹

أقول: إنّ المستدل تارة یستدلّ بحکم العقل علی حرمة مقدّمة الحرام، و أُخری بما دلّ علی حرمة التعاون علی الإثم و العدوان و إن کان ظاهر کلامه هو الثانی، فعلی الأوّل لا وجه للشک فی کونه مقدّمة للحرام، و أمّا الکبری فلو قلنا

---

(۱) الطبرسی: مجمع البیان ۲/ ۶۶.

(۲) ۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۴، ۵، ۸، ۲، ۳.

(۳) ۷ و ۸ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲۰، ۴۵.

(۴) ۹ الاستدلال من المحقق السبزواری نقله فی الجواهر ۴۰/ ۳۵ و أورد علیه بما عرفت.

بحرمة مطلق المقدّمة أو الجزء الأخیر منها فهو حرام أیضاً لأنّ المقصود من الترافع لیس مجرّد الرجوع إلی محکمته، بل طرح الدعوی بالإتیان بالشاهد أو تحلیف المنکر و لا شکّ أنّه الجزء الأخیر من مقدّمات الأمر المحرّم أعنی: حکم الجائر.

و علی الثانی فلمنع کل من الصغری و الکبری وجه و إن کان غیر مرضیّ عندنا أمّا منع الصغری فلأنّ المحرم حسب ظاهر الآیة، هو المعاونة القائمة بالطرفین، لا الإعانة القائمة بالطرف الواحد کما فی المقام أمّا منع الکبری فلاحتمال کون النهی تنزیهیاً، کالأمر الوارد فی عدله أعنی: (وَ تَعاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَ التَّقْوی) (المائدة/ ۲).

یلاحظ علی الأوّل: أنّ التعاون کما یصدق فی مورد الاجتماع علی الإتیان بالإثم و العدوان کأن یجتمعوا علی قتل النفوس و نهب الأموال کذلک یصدق إذا قام واحد بالعمل مستقلًا و أعان آخرون علیه و الحاصل أنّه یصدق فیما اشترکوا فی الإتیان بالمحرّم و فیما إذا اشتغل واحد، و أعان الآخر علیه، قال فی اللسان: «تعاونا: أعان بعض بعضاً» «۱»

و الذی یدلّ علی ذلک أنّ أمین الإسلام فسّره بنحو عام و قال: أمر الله عباده بأن یعیّن بعضهم بعضاً، علی البرّ و التقوی أو هو العمل بما أمرهم الله تعالی به، و اتقاء ما نهاهم عنه، و نهاهم أن یعین بعضهم بعضاً علی الإثم و هو ترک ما أمرهم به و ارتکاب ما نهاهم عنه من العدوان و هو تجاوز ما حد الله لعباده فی دینهم و فرض لهم فی أنفسهم. «۲»

و یلاحظ علی الثانی: بأنّ الموضوع لا یناسب کون النهی تنزیهیاً و هو التعاون علی الإثم و العدوان و عندئذ لا یکون الصدر قرینة علی الذیل.

إلی هنا تمّ بیان ما دلّ علی حرمة الترافع إلی قضاة الجور، غیر أنّ للمسألة صوراً فیقع الکلام فی کون الحکم عاماً لجمیع الصور أمکن

الرجوع إلی الفقیه

(۱) ابن منظور: لسان العرب: ۱۳/ ۲۹۹.

(۲) الطبرسی: مجمع البیان: ۲/ ۱۵۵ ط صیدا.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۳۲

الإمامی أو لا. و أیضاً إذا ترافع إلیهم، هل یکون ما یأخذه بحکمه حراماً و سحتاً من غیر فرق بین الدین أو عین ماله. أو یفرق بینها؟ و لأجل إیضاح الحال نقول:

إنّه تارة یتمکّن من استیفاء حقّه من الرجوع إلی الفقیه الإمامی و أُخری لا یتمکّن من ذلک، و علی کل تقدیر تارة یکون محقّاً قبل الترافع و أُخری یکون محقّاً بالترافع، و علی جمیع التقادیر، فتارة یکون المأخوذ بحکمهم، هو عین ماله الذی کان استولی علیه الطرف، و أُخری یکون دینه الذی کان علیه و یتشخص بالترافع و القضاء علیه. هذه هی الصور المطروحة

و نبحث عن الجمیع فی ضمن صور أربع:

الأُولی: إذا تمکّن من استیفاء حقّه بالرجوع إلی الفقیه الإمامی و کان محقّاً قبل الترافع،

عالماً بأنّ العین الفلانی الذی فی ید المدّعی علیه ماله، أو أنّ له مالًا فی ذمّته فلا شکّ أنّ الرجوع إلیهم حرام للأدلة السابقة، و المأخوذ بحکمه حرام أیضاً، کیف و قد أسماه الإمام سحتاً؟ فقال: و ما یحکم له فإنّما یأخذه سحتاً و إن کان حقّه ثابتاً لأنّه أخذه بحکم الطاغوت و قد أمر الله أن یکفر به. «۱»

و احتمال اختصاص الروایة بما إذا ثبت کونه محقّاً بالترافع، لا من کان محقّاً قبله یردّه ظهور الروایة فی کونه محقاً قبله قال: «و إن کان حقّه ثابتا لأنّه أخذه بحکم الطاغوت» أضف إلیه عموم التعلیل أعنی قوله: «لأنّه أخذه بحکم الطاغوت» من غیر فرق بین کونه محقّاً قبله أو بعده.

هذا مما لا- ینبغی الشکّ فیه إنّما الکلام فی سعة الحکم للعین و الدین فهل الحکم عام أو یختصّ بالثانی؟ قولان مبتیان علی أنّ السحت هل هو مطلق الحرام، سواء کان مال الغیر أو لا- أو هو مال الغیر الحرام، بحیث یعدُّ کونه مال الغیر مقوّماً له؟ و قد اختار المحقّق الرشتی القول الثانی و لم یذکر له دلیلًا «۲»، و یمکن

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۴.

(۲) کتاب القضاء: ۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۳۳

استظهاره من الکتاب و کلمات اللغویین أمّا الکتاب فقد استعمله فی خصوص الرشوة. قال سبحانه: (سَمّاعُونَ لِلْکَذِبِ أَکّالُونَ لِلسُّحْتِ) (المائدة/ ۴۲)، و قال تعالی: (لَوْ لا یَنْهاهُمُ الرَّبّانِیُّونَ وَ الْأَحْبارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَ أَکْلِهِمُ السُّحْتَ) (المائدة/ ۶۳) و فسر فی کلا الموردین بالرشوة «۱» و أمّا اللغة فقد فسّروه بثمن الکلب و الخمر و الخنزیر و الرشوة و فی حدیث ابن رواحة أنّ الیهود لما أرادوا أن یرشوه قال: أ تطعمونی السحت أی الحرام سمّی الرشوة فی الحکم سحتاً و فی الحدیث: یأتی زمان یستحلّ فیه کذا و کذا، و السحت: الهدیة أی الرشوة فی الحکم و الشهادة و نحوهما. «۲»

و یؤیده أنّ حرمة مال الإنسان لمالکه علی خلاف الأصل لا یصار إلیه إلّا لوجه، ککونه رهناً، أو کون المالک قاصراً کالسفیه أو مفلّساً متعلّقاً ماله لحقوق الغرماء و أمّا المقام فلیس هنا قصور لا فی العین و لا فی المالک، فلا وجه لکون التصرّف فیه حراماً و سحتاً

و إن کان أصل الترافع أمراً محظوراً و لا یقاس بالـدین، لأنّ کون ماله عوضاً عن الدین، یتوقف علی الولایة أو الرضا به، و القاضـی لا ولایة له، و هو أیضاً غیر راض، بخلاف العین فهی باقیة علی ملک المالک.

و یمکن أن یستظهر القول الأوّل بوجهین:

۱- بما ورد فی صدره من منازعة فی دین أو میراث، و الثانی یراد منه ما یقابل الدین.

۲- الأخذ بعموم التعلیل، و هو: لأنّه أخذه بحکم الطاغوت و قد امروا أن یکفروا به.

یلاحظ علی الأوّل: أنّ المیراث، یکون مشاعاً غالباً، فاختصاص واحـد من الورثة به، یتوقّف علی الولایة أو الرضا و کلاهما مفقودان و یکون حکمه حکم

---

(۱) الطبرسی: مجمع البیان: ۲/ ۱۹۶ و ۲۱۷ ط صیدا.

(۲) لسان العرب، ۲/ ۴۱؛ النهایة ۲/ ۳۴۰؛ تاج العروس ۵۵۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۳۴

الدین.

و علی الثانی: أنّه لا یعدو عن کونه إشعاراً و لعلّ المراد أنّه تملّک بحکم الطاغوت، لا مطلق الأخذ، فیکون مختصّاً بالدین لا الأعم.

ثمّ إنّ المراد من ثبوت کونه محقّاً قبل الترافع، أعم من کون الحقّ معلوماً واقعاً، کما إذا استولی المنکر علی ماله، أو استقرضه ثمّ انکر المدیون، أو معلوماً فی ظاهر الشـرع کما إذا شـهدت البیّنة بأنّ أباه، کان له علی فلان کذا و کذا، أو کان مقتضی فتوی مقلّده کونه ذا حقّ و أمّا مع عدم العلم واقعاً و لا ظاهراً، و لکن لما رفع الترافع إلی حاکم الجور، فقد قضی له. و هذا، هو الصورة التالیة.

الصورة الثانیة: إذا أمکن الترافع لدی حکّام العدل و کان هناک نزاع بینه و بین شخص من أبناء جلدته و لم یکن الحق متبیّناً قبل الترافع

و إنّما صار محقّاً بقضاء قاضی الجور، فالترافع إلیه حرام أوّلًا، و هو الفرد الأجلی للروایات السابقة، و یحرم علیه الأخذ عیناً و دیناً. ثانیاً، لعدم الاعتداد بقضاء أهل الجور، فلا یثبت به کونه مالکاً للعین، و الدین فضلًا عن تشخّصه بحکمه فی مال معین.

الصورة الثالثة: إذا علم کونه محقّاً قبل الترافع و عالماً بأحد الأنحاء المذکورة أنّه مالک للعین أو الدین فی ذمّته

غیر أنّه توقف استیفاء حقّه المعلوم واقعاً علی الترافع إلی غیر الأهل من قضاة الجور إمّا لعدم رضـی الطرف المقابل إلّا بالترافع إلی غیر الأهل من قضاة الجور، أو لعدم وجود الحاکم الشرعی، أو لعدم إمکان إثبات الحقّ عنده أو لعدم نفاذ قضائه. فالظاهر جوازه لانصراف الأخبار عن هذه الصورة، بشهادة أنّها تأمر بالتراضی علی الرجوع إلی من له شرائط القضاء من الشیعة و معناه إمکان الرجوع إلی الأهل فیحلّ ما یأخذه عیناً أو دیناً أمّا العین فقد علمت حالها و أمّا الدین فلسقوط شرطیة رضائه بإبائه و عدم وجود طریق آخر للاستنقاذ.

و أقصی ما یمکن أن یقال: أنّه إعانة علی الإثم، و لکن إطلاقها مخصّصة

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۳۵

بنفی الضـرر و الضـرار و یمکن الاسـتدلال بصـحیح علی بن مهزیـار عن علی بن محمّـد علیهمـا السَّلام سـألته هـل نأخـذ فی أحکـام المخالفین ما یأخذون منّا فی أحکامهم؟ فکتب علیه السـلام: «یجوز ذلک إن شاء الله إذا کان مذهبکم فیه التقیّة منهم و المداراة لهم». «۱»

إذ بنـاء علی ما احتمله الفیض فی الوافی من «أنّه یجوز لنا أن نأخـذ حقوقنا منهم بحکم قضائهم کما یأخـذون منّا بحکم قضائهم یعنی إذا اضطرّ إلیه کما إذا قدّمه الخصم إلیهم» «۲» یکون دلیلًا علی جواز الترافع عند الاضطرار.

و حمله فی الجواهر علی أنّ المراد المعاملهٔ معهم کمعاملتهم معنا فی مثل الشفعهٔ بالجوار، و توریث العصبهٔ «۳» و نحو ذلک و عندئذ یخرج عن مورد الترافع، و یکون من أدلّهٔ قاعدهٔ الإلزام، و لکن هذا المعنی لا یلائم مع ما فی کتاب أبی الأسد «۴» فتعیّن الأوّل.
و أمّا خبر عطاء بن السائب عن علی بن الحسین علیهما السّلام قال: «إذا کنتم فی أئمهٔ جور فاقضوا فی أحکامهم و لا تشهروا أنفسکم فتقتلوا و إن تعاملتم بأحکامنا کان خیراً لکم». و رواه فی العلل إلّا أنّه قال: و إن تعاملتم بأحکامهم. «۵»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱، و المراد من علی بن محمّد هو الإمام الهادی، فما فی الجواهر من قوله: «خبر علی بن محمّد» لیس فی محلّه، لإیهامه أنّ علی بن محمّد راو، أضف إلیه أنّ الشیخ رواه فی التهذیب عن أحمد بن محمّد بن عیسی و سنده إلیه صحیح کما نصّ به الأردبیلی فی جامع الرواهٔ ۲/ ۴۶۹.

(۲) الفیض: الوافی:

(۳) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۳۵.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۹.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۲، و فی الجواهر المطبوع: فامضوا مکان «فاقضوا»، الجواهر ۴۰/ ۳۶. و فی السند صالح بن عقبهٔ و عطاء و کلاهما لم یوثقا، نعم عمرو بن أبی المقدام ضعّفه الغضائری فی أحد کتابیه و وثّقه فی کتابه الآخر، کما نقله العلّامهٔ فی الخلاصهٔ، و روی الکشی فی رجاله مدحاً له.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۳۶

و لعلّه یهدف إلی جواز العمل بأحکامهم تقیّهٔ کتعیین أوّل الشهر صیاماً و إفطاراً و عند ذلک لا تکون له صلهٔ بباب القضاء خصوصاً علی ما رواه فی الجواهر «فامضوا» مکان «فاقضوا».
و أولی بالصّحهٔ إذا کان الخصم من أهل الخلاف.
فإن قلت: جواز التصرّف فی العین لا غبار علیه إنّما الکلام فی جواز التصرّف فی عوض الدین إذ کیف یتشخّص له مع عدم الولایهٔ للقاضی، و الرضا للمنکر.
قلت: تسقط شرطیهٔ رضاءه فی المقام لأجل إبائه و عدم طریق آخر للاستیفاء، فلیس لحکم قاضی الجور دور سوی إعطاء القدرهٔ الرسمیهٔ لإعادهٔ عینه إلی سیطرته، و استیفاء دینه المسلّم.

الصورهٔ الرابعهٔ: نفس الصورهٔ الثالثهٔ، لکن لم یتبیّن کونه محقّاً إلّا بالترافع إلیهم،

فالترافع إلیهم و إن کان جائزاً لانصراف الأدلّهٔ عن صورهٔ الاضطرار لکن لا یصحّ الأخذ بحکمهم لعدم العلم بکونه مالکاً للعین أو الدین، و لا قیمهٔ لقضاء قاضی الجور عندئذ فیصبح کالعدم إلّا إذا کان الخصم مخالفاً أخذاً بقاعدهٔ الإلزام بشرط أن لا یعلم باستحقاقه و إلّا فیحرم کما هو مفاد روایهٔ أبی الأسد.

الصورهٔ الخامسهٔ: إذا استعان بظالم من دون أن یکون حاکم جور أو قاضیه فی استیفاء حقّه

فإن لم یتبیّن له کونه محقّاً، فیحرم الرجوع و لا یملک ما أخذه من العین و الدین لعدم ثبوت کونه مالکاً لها.
إنّما الکلام فیما إذا کان محقّاً، فإن أمکن استیفاء حقّه بالرجوع إلی حاکم العدل، فالرجوع إلیه حرام لکونه رکوناً إلی الظالم و قد قال سبحانه: (وَ لَا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّکُمُ النّارُ) (هود/ ۱۱۳). فان استعان و الحال هذه یجوز له التصرّف فی العین دون عوض الدین و إن لم یمکن الاستیفاء به، و انحصر الطریق بالاستمداد من الظالم فالظاهر جواز الرجوع، لقاعدهٔ لا ضرر و جواز التصرّف فی

العين، و عوض الدين كما عرفت فى الصورة الثالثة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۳۷

المسألة الثانية «۱» و فيها فروع

۱- تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

۲- ربّما وجب و يكون واجباً على الكفاية.

و قد تقدّم الكلام فى هذين الفرعين.

۳- إذا علم الإمام عليه السلام أنّ بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له

و يأثم أهل البلد بالاتّفاق على منعه و يحلّ قتالهم طلباً للإجابة. «۲»

و لا بدّ من تقييد اللزوم بوجود الحاجة إلى القاضى. و أمّا وجوب البعث فإنَّ نصب القاضى من شئون الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإنّ مفاده يختلف بالنسبة إلى العامى و الحاكم الإسلامى المقتدر فإنّ مفاده بالنسبة إلى الأوّل ليس إلّا دعوة الناس بما يقتضيه تكليفهم، كما إذا كذب إنسان أو اغتاب فيلزم نهيه عن ذلك لاعتراف الآمر و المأمور بحرمة الكذب و الغيبة، و لا يعمّ المعروف و المنكر الثابتين بالقضاء لأنّهما بالنسبة إلى أدلّة الأمر بالمعروف، من قبيل الموضوع الجديد، و الحكم لا يثبت موضوعه، و إنّما يتوجّه إلى الموضوع المحرز قبل الحكم.

هذا كلّه فى العامى، و أمّا الحاكم الإسلامى، المقتدر، فلا يشترط فى حقّه العلم التفصيلى بالموضوع قبل التمسّك بأدلّة الأمر بالمعروف بل يكفى العلم الإجمالى بوجود معروف متروك، و منكر معمول، فهذا المقدار من العلم الإجمالى، يكفيه فى إحراز الموضوع، و يصحّ التمسك عندئذ بما دلّ على لزوم الأمر بالمعروف، و من توابعه، نصب القاضى لكونه من مبادئ الأمر بالمعروف أو نفسه بمعنى، و لأجل ذلك قال المحقق: «لزم أن يبعث له».

و أمّا حليّة قتال المخالفين عن دخول البلد، أو قضاءه فلأنّه قيام على ضدّ

---

(۱) مرّت المسألة الأُولى ص ۱۰۹.

(۲) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۳۸

الحكومة الإسلامية المحلّ للقتال إلى حدّ الاستسلام.

۴- لزوم التصدى للقضاء و شقوقه

قد عرفت أنّ القضاء واجب كفائى و معناه وجوبه على الكل غير أنّه يسقط بقيام البعض. و إذا كان القادر بالإتيان واحداً يتعيّن الأمر

علیه و هنا صور و شقوق و أقسام أشار إلیها الشیخ فی الخلاف، و المحقّق فی الشرائع، و فصّلها الشهید الثانی فی المسالک و تبعهم صاحب الجواهر و نحن نذکر أکثر الأقسام.

الف: إذا کان هناک جماعة یعلمون القضاء علی حدّ واحد، فعیّن الإمام واحداً منهم فولّاه قال الشیخ فی الخلاف: «لم یکن له الامتناع من قبوله، و للشافعی فیه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. و الآخر یجوز له الامتناع لأنّه من فروض الکفایة ثمّ استدل الشیخ علی فتواه بأنّ الإمام معصوم عندنا فإذا أمر بأمر لا یجوز خلافه لأنّ ذلک معصیة و اثم یستحق فاعلها الإثم و العقاب». «۱»

یلاحظ علیه: بأنّه لو تمّ الفرض، لا یختصّ الحکم بالإمام المعصوم، بل یعمّ الحاکم الإسلامی الأعلی الذی بیده رتق الأُمور و فتقها، و قد عرفت لزوم النصب عند قیام دولة إسلامیة یرأسها فقیه جامع للشرائط فإذا نصب یکون لازماً علی المنصوب امتثال أمره.

و أورد علیه المحقّق بنفی الصغری و أنّ الإمام بعد تساوی الأفراد فی القضاء لا یأمر بواحد معیّناً فإنّه من قبیل إلزام ما لیس بلازم. «۲»

و لا یخفی أنّ تعدّد القابل للقضاء و صلاحیة المتعدّد له، لا ینفی، تعیین فرد خاصّ علی القضاء فإنّه ربّما یکون فی بعض الأفراد مزیة، غیر ملزمة ککونه صاحب عشیرة فی المنطقة أو عارفاً بلسان أهلها غیر محتاج إلی المترجم أو غیر

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۲.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۶۹۶۸.

ذلک من المرجّحات غیر الملزمة، و هذا و أمثاله، ربّما یبعث الإمام لأن یعین ذاک الفرد دون الآخر، و إن کان الجمیع صالحین للقضاء و عارفین له.

ب: إذا کان العارف به واحداً فقط و عیّنه الإمام، فیجب علیه و ینقلب الوجوب الکفائی إلی العینی. و دلیل الحکمین فی هذه الشق و ما قبله و ما یأتی إذا کان المعیّن معصوماً قوله سبحانه: (وَ مَا کَانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَی اللّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ یَکُونَ لَهُمُ الْخِیَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَ مَنْ یَعْصِ اللّهَ وَ رَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِیناً) (الأحزاب/ ۳۶) و قال سبحانه: (أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ) (النساء/ ۵۹). و أمّا إذا کان فقیهاً جامعاً للشرائط، فدلیل الحکمین هو وجوب نفاذ حکمه و عموم ولایته بالنسبة إلی هذه الموارد. ثمّ إنّ الفرد المعیّن بالامتناع عن الإجابة یفقد شرط القضاء و هو العدالة و لکن لا یسقط الحکم لتمکّنه من تحصیل الشرط (العدالة) بالتوبة کما لا یخفی.

ج: إذا انحصر العلم بالقضاء فی واحد و لم یعلم به الإمام لو صحّ الفرض فی الإمام المعصوم أو الحاکم الإسلامی، یجب علی الواجد، إعلام الإمام نفسه و لکن إثباته بالموازین مشکل، لعدم وجوب القضاء علیه، إلّا بالنصب و المفروض أنّه غیر منصوب، فکیف تجب مقدّمته أعنی: التعریف بنفسه عند الإمام و لا محیص عن القول بوجود العلم بالملاک و إن لم یکن هناک علم بالخطاب، کما إذا غرق ابن المولی فی الماء و کان المولی غافلًا و العبد ملتفتاً إلیه فیکفی فی الذم و العقاب العلم بالملاک، و قد صحح الأُصولیون موارد عن هذا الطریق منها: الإتیان بالمهمّ مع وجود الأهم بناء علی بطلان الترتّب و عدم الأمر بالمهم کما هو واضح.

د: تلک الصورة و لکن تعدّد القابل و القائم بمهمّة القضاء، فیجب علی الکل الإعلام کفایة، و یسقط بإعلام واحد منهم شأن کل واجب کفائی.

ه: إذا تعدّد القابلون و طلب الإمام واحداً منهم لا علی التعیین تجب التلبیة علی الکل، و تسقط بتلبیة واحد منهم و إلّا أثم الجمیع.

إلی غیر ذلک من الصور المذکورة فی المسالک فلاحظ.

۵- فی بذل المال لتصدّی القضاء

إذا کان التصدّی للقضاء من جانب الجائر أمراً راجحاً، موجباً لرفع الظلم و إجراء العدل و الحقّ، یکون بذل المال جائزاً للنصب و البقاء بـل لأجـل عزل القاضـی الجـائر و إن کان الأخـذ للظالم حراماً إنّما الکلام إذا کان التصـدّی من جانب الحاکم العادل، فلا یجوز أخذ المال، و لا دفعه إلی بیت المال، و لأجل عدم الجدوی فی المسألهٔ، أعرض عن شرحها، صاحب الجواهر.

المسألهٔ الثالثهٔ: فی تولیهٔ المفضول مع وجود الفاضل

اشارهٔ

و هنا جهات من البحث:

الأُولی: فی تعیین محلّ النزاع.

فنقول: إنّ لتولیهٔ المفضول مع وجود الفاضل مجالات:

تارهٔ یبحث عنها فی باب الإمامـهٔ الکبری و النیابـهٔ عن الرسول صـلّی الله علیه و آله و سـلّم، فقد اتفقت کلمهٔ الشـیعهٔ علی قبحها و عدم صحّتها، و أُخری فی باب التقلیـد و أخـذ الأحکام فالمشـهور عنـدهم هو لزوم الرجوع إلی الفاضل دون المفضول مطلقاً، أو فی موارد الاختلاف، و ثالثهٔ فی کتاب القضاء و أنّه هل یجوز تصدّی المفضول لمهمّهٔ القضاء مع وجود الفاضل مع استکمال الشـرائط المعتبرهٔ فیها أو لا؟ و هو المقصود هنا. و له شقوق:

الف: هل یجوز للإمام المعصوم أن ینصب المفضول مع وجود الأفضل؟

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۴۱

قال المحقّق: الوجه الجواز لأنّ خلله ینجبر بنظر الإمام علیه السلام. و لا یخفی أنّ الإمام أعرف بواجبه، فلا جدوی للبحث، أضف إلیه، أنّ خلله إنّما ینجبر إذا کان للإمام إشراف علی قضائه، کما کان لعلی علیه السلام إشراف علی قضاء شریح لاما إذا کان بعیداً عنه.

ب: إذا کان هنا علماء موصوفون بصـفات المفتی و القاضـی و فیهم من هو أعلم من غیره، فما هو وظیفهٔ العامی فی الرجوع إلی الترافع قبل أن یقلّد؟

إنّ وظیفهٔ العامی فی المقام نفس وظیفته فی باب التقلید فیجب علیه قبل التقلید عقلًا، العمل بالاحتیاط و تکون النتیجهٔ هو تعیّن الرجوع إلی الأفضل، لـدوران الأمر بین التعیین و التخییر، و أمّا إذا قلّد فیجب علیه أن یعمل بفتوی مقلَّده سواء قال بتعیّن الرجوع إلی الأفضـل أو بالتخییر بینه و بین غیره.

ج: إذا کان علماء موصوفون بصـفات الإفتاء و القضاء و فیهم من هو أعلم من غیره، و کانت مفاتیـح الأمور بیـد قضاهٔ الجور، فهل لغیر الأفضل تصدّی القضاء فی زمان الغیبهٔ أو لا؟ و بعبارهٔ أخری: هل یجوز للعامی الرجوع إلی غیر الأفضل حسب الأدلّهٔ الاجتهادیّهٔ أولا؟

د: إذا قامت دولهٔ اسلامیهٔ فی عصر الغیبهٔ یرأسها فقیه جامع للشرائط، فهل یتعیّن علیه نصب الأفضل مع وجود الفاضل، أو یتخیر؟ و هذا هو الصالح للبحث عنه فی المقام و إن کانت کلمات الأصحاب غیر واضحهٔ.

الجههٔ الثانیهٔ: ما هو ملاک الأفضلیهٔ؟

لیس الملاک فی المقام تفاضل أحد القاضیین علی الآخر فی الروحیات و الملکات کالأعدلیهٔ، و الأورعیهٔ، و الهاشمیهٔ، لأنّ المطلوب فی باب القضاء هو عدم التهجّم علی المحارم و یکفی فی تحققه کونه ورعاً و عدلًا، بل الملاک فی المقام کون رأی أحدهما أقرب إلی الواقع، و لا یتحقق ذلک إلّا بالأعلمیهٔ و الأفقهیهٔ و قد

نصّ بذلک صاحب الجواهر فی آخر المسألهٔ و قال: و الظاهر أنّ المدار علی الفضیلهٔ فی الفقه و لو باعتبار الفضیلهٔ فی المقدّمات علی وجه یعدّ کونه أفقه، أمّا ما لا مدخلیهٔ له فیه فلا عبرهٔ به. «۱»

نعم أفاد فی صدر المسألهٔ و قال: نعم مع تساویهما فی العلم یقدّم الأعدل لکونه أرجح حینئذ فیکون الحاصل حینئذ ترجیح أعلم الورعین و أورع الورعین لقاعدهٔ قبح ترجیح المرجوح علی الراجح. ۲

إنّ طبع المسألهٔ یقتضی انحصار ملاک التفاضل بالعلم و الفقه فقط و لأجله لا یصح قوله فی العبارهٔ الثانیهٔ: «ترجیح أعلم الورعین» أمّا الترجیح بالأورعیهٔ مع التساوی فی العلم فلم یدلّ علیه دلیل و مسألهٔ قبح ترجیح المرجوح علی الراجح، ینتفی بوجود بعض المرجّحات فی جانب المرجوح ککونه طلیق اللسان، رحب الصدر، صحیح المزاج، عارفاً باللسان صاحب العشیرهٔ الذی یهاب منه فلا یتأمر علی ضدّه، و بالجملهٔ المرجّحات التی توجب اختیار الورع علی الأورع، التی بها یدفع قبح الترجیح المذکور، کثیرهٔ فلا تصل النوبهٔ إلی ترجیح الأورع علی الورع ترجیحاً واجباً لحفظ القاعدهٔ العقلیهٔ.

الجههٔ الثالثهٔ: فی دراسهٔ أدلّهٔ الطرفین

اشارهٔ

استدل القائل بالترجیح بالوجوه التالیهٔ:

۱- إنّ الظنّ الحاصل من قول الأفضل، أقوی من الظن الحاصل من قول غیره و الأخذ بالظن الأرجح متعیّن.

یلاحظ علیه: بمنع الصغری تارهٔ و أنّه ربّما یکون الظن الحاصل من قول المفضول أقوی من غیره لمطابقته رأی من هو أعلم من ذلک الأفضل کما إذا طابق

---

(۱) ۱ و ۲ الجواهر: ۴۰/ ۴۶ و ۴۳.

قول الفاضل، رأی المحقق، أو الشیخ الأنصاری، و منع الکبری أُخری، إذ لا دلیل علی لزوم الترجیح بهذا المقدار، بعد إطلاق الدلیل علی حجّیهٔ کل من الرأیین.

۲- نصوص الترجیح خصوصاً مقبولهٔ ابن حنظلهٔ الحاکمهٔ بالترجیح بالأفقهیهٔ بل بغیرها أیضاً.

یلاحظ علیه: أنّها أجنبیهٔ عن المقام، لأنّه ورد الترجیح فیها فیما إذا ترافع کل إلی قاض خاصّ فحصل بینهما التعارض، و لم یکن حینئذ محیص من الرجوع إلی المرجح و أین هذا من لزوم الرجوع إلی المرجح ابتداءً؟

أضف إلی ذلک أنّ المنساق من المقبولهٔ أنّه کان فی وسع المترافعین الرجوع إلی کلّ واحد من المتفاضلین، من غیر فرق بین العالم و الأعلم لکنّهما، ضیّقا الأمر علی أنفسهما فرجع کل إلی قاض خاص، فلم یکن لهم حینئذ بدّ من إعمال المرجّحات فلزوم العمل

بالمرجّح نشأ من عملهما و لم يكن هناك أىّ ملزم له، و على ذلك فالرواية على عكس المقصود أدلّ.

۳- قول الإمام فی عهده إلی واليه فی مصر المعروف فقد جاء فيه: «ثمّ اخْتَرْ لِلْحُكْم بَيْنَ النّاسِ أفْضَلَ رَعِيَّتِکَ فی نَفْسِکَ، مِمّن لا تَضِيقُ بِهِ الامُورُ، و لا تُمَحِّكُهُ الخُصُومُ، و لا يَتَمادی فی الزَّلَّةِ، و لا يَحْصَرُ مِنَ الفَیْءِ إلَی الحَقِّ إذا عَرَفَهُ، و لا تُشْرِفُ نَفْسُهُ علی طَمَعٍ، و لا يَكْتَفی بِأدْنی فَهْم دُونَ أقْصاهُ، وَ أوْقَفَهُمْ فی الشُّبَهاتِ، وَ آخَذَهُمْ بِالحُجَجِ، وَ أقَلَّهُمْ تَبَرُّماً بِمُراجَعَةِ الخَصْمِ، وَ أصْبَرَهُمْ عَلی تَكَشُّفِ الأُمُورِ، وَ أصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضاحِ الْحُكْمِ، مِمَّنْ لا يَزْدَهيهِ إطْراءٌ، و لا يَسْتَمِيلُهُ إغْراءٌ، و أولئِكَ قَلِيلٌ». «۱»

يلاحظ عليه: أنّ ما ورد فيه بين ما تجب رعايته و بين ما لا- تجب للإجماع علی عدم اشتراطه كأوقفهم فی الشبهات و آخذهم بالحجج، فلا يمكن الاستدلال به

---

(۱) نهج البلاغة، قسم الرسائل، رقم ۵۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۴

علی الوجوب.

۴- ادعاء الإجماع علی لزوم الترجيح نسب إلی المرتضی فی الذريعة و المحقق الثانی فی حواشيه علی كتاب الجهاد من الشرائع.

قال المرتضی: و إن كان بعضهم عنده أعلم من بعض أو أورع و أدين فقد اختلفوا: فمنهم من جعله مخيّراً، و منهم من أوجب أن يستفتی المقدَّم فی العلم و الدين، و هو أولی لأنّ التفقه هاهنا أقرب و أوكد. و الأُصول كلها بذلک شاهدة. «۱»

و ليس فی كلامه دعوی الإجماع و الاتّفاق سوی قوله فی الذيل: «الأُصول كلّها بذلک شاهدة» و لذلک صحّت تسميته إجماعاً فإنّما هو إجماع استنباطی من الاتّفاق علی الأُصول، التی مورد البحث من صغرياتها. أضف إليه انّ كلامه راجع إلی باب الاستفتاء لا القضاء.

و أمّا المحقّق الثانی فليس فی تعليقته علی قواعد العلامة المعروف بجامع المقاصد دعوی الإجماع بل لم يذكر هذا الشرط لا فی متن القواعد و لا- فی تعليقته و قد ذكر العلّامة صفات المفتی بالنحو التالی: الإيمان و العدالة و معرفة الأحكام بالدليل، و القدرة علی استنباط المتجدّدات من الفروع من أُصولها. و ليس فی تعليقته سوی توضيح قوله: «و معرفة الأحكام بالدليل» «۲» و أمّا تعليقته علی الشرائع فلم تحضرنی حتی أُلاحظها.

استدل القائل بعدم الوجوب ببعض الوجوه أولاها جريان السيرة عليه، فقد نصب النبی الأكرم معاذاً للقضاء مع وجود علیّ عليه السلام و هو أقضی الأُمة إلّا أن يقال بلزوم الترافع إلی الأعلم إذا كانا فی بلد واحد لا فی بلدين و قد كان علی فی المدينة، و نصب معاذاً للقضاء فی اليمن و مع ذلک كلّه لا يمكن إنكار جريان السيرة علی الرجوع إلی المجتهدين العظام فی كل بلد، من دون أن يفرق بين الأعلم و العالم، و قد نصب الإمام الصادق أصحابه للقضاء حسب المقبولة. و فيهم زرارة و محمّد بن مسلم و غيرهم. مع أنّ الأولين من أفقه أصحابه عليه السلام.

إلی هنا تبيّن موقف الأصحاب فی المسألة و لنا فی المقام تفصيل نأتی به.

---

(۱) المرتضی: الذريعة ۲/ ۸۰۱.

(۲) المحقّق الكركی: جامع المقاصد ۳/ ۴۹۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۵

التفصيل بين الشبهة الموضوعية و الحكمية

قـد تعرّفت علی دلیل المثبت و النافی و لکن الحقّ التفصـیل بین کون مورد القضاء شـبهة موضوعیـة التی یدور علیها رحی القضاء فی تسعین بالمائـة. و کونه شـبهة حکمیـة، أمّـا الأُـولی، فالأقوی هو التخییر بین الأفضل و الفاضل، إذ لیس للأفقهیـة تأثیر فیها، فإنّ فصـل الخصومـة یتحقّق بالبیّنـة و الإحلاـف علی تفاصـیلها، فلو أتی المـدّعی بهـا یحکم له، و إلّـا حلف المنکر، و لو نکـل و قلنا بالقضاء به، یُقضـی علیه، و إلّا یردّ الیمین علی المـدّعی، و هذه سنّة متّبعة فی فصل الخصومات فی الشـبهات الموضوعیة، و الأفضل و الفاضل فی مقابلها سواء و لیس لکون أحـدهما أقوی نظراً و أحسن اسـتنباطاً تأثیر فی إصابة الواقع فعندئذ یسـقط دلیل القائل بلزوم الترجیح بکون الظنّ الحاصل من رأی الأفضل أقوی من غیره نعم لو علم الاختلاف بین الفاضل و المفضول و کان منشأ الاختلاف ناشـئاً من اختلاف النظر کان للترجیـح وجه و لکنّه قلیل کالاختلاف بالقضاء بالنکول و عـدمه و بالجملة: کلّ مورد لا یکون للاجتهاد فیه مدخل، یسـقط الترجیح و یکفی کون القاضـی مجتهداً و أمّا المقبولة الدالّة علی الترجیح بالأفقهیة فلا صلة لها بالمقام لأنّ موردها هو الشبهة الحکمیة کما سیأتی.

و أمّـا إذا کـان مورده هو الشـبهة الحکمیـة فلمّـا کـان القضـاء فیهـا مسـبوقاً بالإفتـاء فیهـا. و لولاـه لمـا کان للقضاء أساس، فلو لم یعلم الاختلاـف بین رأیهمـا فیهـا، جاز الرجوع إلی کلّ واحـد، حسب ما عرفت فی باب الاجتهاد و التقلیـد من جواز الرجوع إلی الأفضل و الفاضل ما لم یعلم الخلاف بین رأیهما، و أمّا إذا علم الاختلاف و کان

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۴۶

الاختلاف فی مورد القضاء ناشـئاً من الاختلاف فی استنباط الحکم الشـرعی ککون الحبوة للولد الأکبر أو لجمیع الورثة ففی مثله لمّا کان فتوی الأفضل حجّـة قطعاً، یکون قضاؤه مثل فتواه و أمّا الفاضل فلمّا کان رأیه فی المسألـة مشـکوک الحجّیة یتسـرّب الشکّ إلی قضائه أیضاً فلا یجوز الرجوع إلیه ما دام الحال کذلک.

و یؤیّـد ذلک، أنّ الإمام أمر بالأخـذ بالمرجّـح عند ظهور الاختلاف فی مورد الشکّ فی الشـبهة الحکمیة حیث قال الراوی: «فإن کان کل واحد اختار رجلًا من أصـحابنا فرضیا أن یکونا الناظرین فی حقّهما و اختلفا فیما حکما و کلاهما اختلفا فی حدیثکم فقال: الحکم ما حکم به أعـدلهما و أفقهما و أصـدقهما فی الحدیث و أورعهما». «۱» فإذا کان مبـدأ الاختلاف هو الاختلاف فی الحدیث، یکون المورد من قبیل الشـبهة الحکمیـة. هذا هو المختار و هو متین و قد حکاه المحقّق الآشتیانی عن شـیخه العلّامة الأنصاری قدّس سـرّهما. «۲»

ثمّ إنّ کون مصدر القضاء فی الشـبهات الحکمیة مسـبوقاً بالإفتاء و أنّ القاضـی یفتی ثمّ یقضـی به ربّما یفید فی المستقبل کنفوذ رأی القاضی فی حقّ المجتهد الآخر و مقلّدیه و عدمه إذا کانا مخالفین فی تشخیص الحکم الشرعی. فانتظر.

المسألة الرابعة: فی جواز الاستخلاف و عدمه

إنّ للمسألة صوراً أربع ذکرها المحقّق فی الشرائع و إلیک بیانها:

۱- إذا أذن الإمام له فی الاستخلاف جاز بلا إشکال.

۲- لو منع عن الاستخلاف لم یجز لذلک.

۳- لو ولّاه و أطلق التولیة و کان هناک أمارة تدلّ علی الإذن فی الاستخلاف

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹، من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) الآشتیانی: القضاء: ۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۴۷

مثل سعة الولایة التی لا تضبطها الید الواحدة، جاز الاستنابة.

۴- تلک الصورة و لم تکن فیها تلک الأمارة لم یجز.

هـذا مـا أفـاده المحقّق و وجهه واضـح و لکنّه إنّما یتمّ فیما إذا کان القضاء متوقّفاً علی النصب کما فی زمان الحضور مع بسط الیـد أو زمان الغیبة مع قیام الدولة الإسلامیة فبما أنّ القضاء فی هذه الظروف فرع النصب فتأتی فیها تلک الصور الأربع.

و أمّـا فی غیرهمـا کزمـان الحضور مع عـدم البسط، أو زمان الغیبـة مع کون مفاتیـح القضاء بیـد الجائر، و کان فی خارج دائرة القضاء الرسـمیة، رجال صالحون للقضاء لا صـلة لهم به ففی هـذین الطرفین کل مجتهد قاض مأذون، غیر محتاج إلی النصب فالنائب إذا کان مجتهداً، فهو مثل المستنیب و لیس فرعاً له، و إن کان مقلّداً فلا یصلح للقضاء حتی بالوکالة، کما مرّ.

نعم یجوز أخـذ النائب فی مقـدّمات القضاء و تـدوین الأقاریر و جمع القرائن و الشواهـد ممّا یسـهِّل الأمر علی القاضـی و لیس ممنوعاً کما یأتی التصریح به.

و هنا أمر آخر، و هو إذا ولّاه الإمام أو من بیـده زمام الأمر فی الدولـة الإسـلامیة و صار ذا ولایة، کالجدّ و الأب، فلا یتوقّف اسـتخلافه علی وجود أمـارة تـدلّ علی الإذن فیه، لأنّ المفروض أنّه صاحب ولایـة علی القضاء یعمل کیف شاء نعم یتوقّف اسـتخلافه علی أمر آخر، و هو إحراز أنّ القضاء قابل للنیابة أولا، أو قابل للوکالة أو لا، و قد عرفت الکلام فیهما فیما سبق فلا نعید.

المسألة الخامسة: فی ارتزاق القاضی من بیت المال

اشارة

لاـ شـک أنّ القاضـی کسـائر الناس، یتوقف قضاؤه علی حیاته، و هی رهن وجود معیشـة مالیّـة یسـدّ بها عیلته و لولاه لما توفّق للقضاء فتارة یرتزق من ماله

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۸

الشخصـی، و أُخری من بیت المـال و ثالثـة بأُجرة یـدفعها أهل البلـد للإقامـة و القضاء فیه و رابعـة بالجعل علی المتحاکمین و خامسـة بالجعل علی المدّعی إلی غیر ذلک ممّا تقضی به حاجته، و یدوم عیشه. و الذی نرکز علیه فی المقام هو أمران:

۱- ارتزاقه من بیت المال.

۲- ارتزاقه من طریق الجعل علی المتحاکمین

و أمّا البحث عن الرشوة و الهدیـة فقـد فرغنا عن بیان حکمهما عنـد البحث فی المکاسب المحرّمة لکن نعید إلیهما فی المسـتقبل فیقع الکلام فی مقامین:

المقام الأوّل: الارتزاق من بیت المال

اشارة

هـل یجوز له الاـرتزاق من بیت المـال مطلقـاً، أو لا یجوز مطلقاً، أو فیه التفصـیل؟ وجوه: ذهب الشـیخ الطوسـی إلی القول بالجواز فی النهایـة، و یظهر أیضـاً من الخلاـف و نقـل أبو قدامـة القول بالمنع مطلقاً، عن بعض التابعین و الفقهاء و لعلّهم أرادوا الکراهـة. و اختار القول الثالث، الشیخ فی المبسوط، و المحقّق فی الشرائع و العلّامة فی القواعد. و إلیک بعض نصوصهم فی المقام.

۱- قال الشيخ فى النهاية: و متى تولّى شيئاً من أَمور السلطان من الإمارة، و الجباية و القضاء و غير ذلك من أنواع الولايات، فلا بأس أن يقبل على ذلك الارتزاق و الجوائز و الصلات، فإن كان ذلك من جهة سلطان عادل كان ذلك حلالًا له طلقاً، و إن كان من جهة سلطان الجور، فقد رخّص له فى قبول ذلك من جهتهم لأنّ له حظّاً من بيت المال. «۱»

۲- و قال فى الخلاف: ليس للحاكم أن يأخذ الأُجرة على الحكم من الخصمين و لا من أحدهما سواء كان له رزق من

(۱) الطوسى: النهاية، كتاب المكاسب: ۳۵۷.

بيت المال أو لم يكن و قال الشافعى: إن كان له رزق من بيت المال لم يجز كما قلناه و إن لم يكن له رزق من بيت المال جاز له أخذ الأُجرة على ذلك. «۱»

۳- و قال فى المبسوط: و أمّا من يحلّ له أخذ الرزق عليه و من لا يحلّ فجملته: أنّ القاضى لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون ممّن تعيّن عليه القضاء أو لم يتعيّن. فإن لم يتعيّن عليه، لا يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون له كفاية أو لا كفاية فإن لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق و إن كانت له كفاية فالمستحب أن لا يأخذ فإن أخذ جاز. و لم يحرم عليه بل كان مباحاً، و جواز إعطاء الرزق للقضاء إجماع، و لأنّ بيت المال للمصالح و هذا منها بل أكثرها حاجة إليه. لما فيه من قطع الخصومات و استبقاء الحقوق و نصرة المظلوم و مع الظالم.

و إذا تعيّن عليه، فقد فصّل بين من له كفاية و من ليس له، فيحرم فى الأوّل لأنّه يؤدى فرضاً تعيّن عليه، و من أدّى فرضا لم يحلّ له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه دون الثانى لأنّ عليه فرض النفقة على عياله و فرضاً آخر و هو القضاء و إذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين. «۲»

۴- و قال المحقّق: إذا ولِّى من لا يتعيّن عليه القضاء، فإن كان له كفاية من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز لأنّه من المصالح، و إن تعيّن للقضاء و لم يكن له كفاية، جاز له أخذ الرزق و إن كان له كفاية، قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدى فرضاً. «۳»

۵- و قال العلامة فى القواعد: و إذا ولى من لا يتعيّن عليه فالأفضل ترك الرزق له من بيت المال إن كان ذا كفاية و يسوغ له لأنّه من المصالح، و كذا يجوز له إذا تعيّن و لم يكن ذا كفاية، و لو كان ذا كفاية لم يجز له لأنّه يؤدى واجباً.

۶- و قال السيّد العاملى فى تعليقته على عبارة القواعد فى المقام أعنى: «لم يجز

(۱) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ۳۱.

(۲) الطوسى: المبسوط ج ۸، ۸۵۸۴.

(۳) المحقق: الشرائع ۴/ ۶۹.

لأنّه يؤدى واجباً»: هذا هو الحق إذا كان وجوبه ذاتياً لا توصلياً لأنّه لا أُجرة على الواجب كذلك إجماعاً فى باب المكاسب و ذهب الشيخ و شيخه المفيد إلى الجواز لأنّه من المصالح المهمّة قالا: و نمنع أن لا أُجرة على الواجب مطلقاً و إلّا لم يوجر المجاهدون، قلت: الأصل عدم الجواز خرج عنه جواز الاستئجار للجهاد بالإجماع عند الشيعة. «۱»

۶- و قال ابن قدامة: و يجوز للقاضى أخذ الرزق و رخص فيه شريح و ابن سيرين و الشافعى و أكثر أهل العلم.

و روى عن عمر أنّه استعمل زيد بن ثابت على القضاء و فرض له رزقاً و رزق شريحاً فى كل شهر مائة درهم و بعث إلى الكوفة عمّاراً

و عثمان بن حنيف و ابن مسعود و رزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار و نصفها لابن مسعود و عثمان و كان ابن مسعود قاضيهم و معلّمهم، و كتب إلى معاذ بن جبل و أبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالًا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء و أوسعوا عليهم و ارزقوهم و اكفوهم من مال الله.

و قال أبو الخطاب: يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأمّا مع عدمها فعلى وجهين. و قال أحمد: ما يعجبنى أن يأخذ على القضاء أجراً و إن كان فبقدر شغله مثل والى اليتيم. و كان ابن مسعود و الحسن يكرهان الأجر على القضاء و كان مسروق و عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً و قالا: لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين.

و قال أصحاب الشافعى: إن لم يكن متعيّناً جاز له أخذ الرزق عليه و إن تعيّن لم يجز إلّا مع الحاجة، و الصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لأنّ أبا بكر لمّا ولى الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين و لما ذكرناه من أنّ عمر رزق زيداً و شريحاً و ابن مسعود و أمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة و لأنّ بالناس حاجة إليه

---

(۱) العاملى: مفتاح الكرامة ۱۰/ ۱۴.

و لو لم يجز فرض الرزق لتعطّل و ضاعت الحقوق، فأمّا الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر: لا ينبغى لقاضى المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً و هذا مذهب الشافعى و لا نعلم فيه خلافاً و ذلک لأنّه قربة يختصّ فاعله أن يكون فى أهل القربة فأشبه الصلاة و لأنّه لا يعمله الإنسان عن غيره و إنّما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة و لأنّه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضى رزق فقال للخصمين: لا أقضى بينكما حتى تجعلا لى رزقاً عليه جاز و يحتمل أن لا يجوز. انتهى. «۱»

هذه هى كلمات الفقهاء و هى تعرب عن اختلافهم إلى أقوال ثلاثة و المختار عندنا جواز الارتزاق من بيت المال مطلقاً و المقصود من بيت المال هو البيت الذى يجمع فيه ما يصرف فى مصالح الإسلام و المسلمين و ليس له مصرف خاص كالأنفال و الجزية، و الخراج و المقاسمة، و المال الموصى مصرفه فى مصارف البرّ و القسم الخاص من الزكاة الذى يصرف فى سبيل الله.

و أمّا الزكاة و سهم السادات من الخمس و المظالم و اللقطة ممّا لها مصارف خاصة فلا يطلق عليه بيت المال، و القاضى يرتزق من الأوّل دون الثانى و الحقّ الجواز مطلقاً بوجهين:

الأوّل: جريان السيرة بين المسلمين حيث إنّ القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، و قد عرفت كلام ابن قدامة فى ارتزاق عدّة فى زمن الخلفاء من بيت المال، و عليها سار الإمام على عليه السلام فى عهد خلافته، و كان شريح يرتزق من بيت المال و يأخذ فى كل شهر شيئاً قليلًا و لمّا بلغ عليّاً أنّه ابتاع داراً بثمانين ديناراً، استدعاه و قال له: بلغنى أنّک ابتعت داراً بثمانين ديناراً و كتبت لها كتاباً، و اشهدت فيه شهوداً ... ثمّ لامه و ذمّه. «۲» و ما هذا إلّا لأنّ الإمام رأى أنّه ابتاع داراً فوق ما يرتزقه من الإمام فصار مظنّة دفع الثمن من حرام و حلال. و روى أنّ عليّاً ولّى شريحاً و

---

(۱) ابن قدامة: المغنى ۱۰/ ۱۲۴.

(۲) نهج البلاغة: قسم الرسائل، برقم ۲.

جعل له فى كلّ سنة خمسمائة درهم (كل شهر قرابة ۴۱ ديناراً و نصف) و كان عمر قبله جعل له كلّ شهر مائة «۱» درهم.

و الحاصل أنّ القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، من دون سؤال عن وجود الكفاية لهم و عدمه، أو فحص عن كون القضاء متعيّناً عليه و عدمه و هذه السيرة المستمرّة إلى يومنا هذا، تشهد على الجواز و لو كان هنا ذم فى بعض الروايات، فإنّما هو لأجل كونهم

قضاة الجور و أعوان الظلمة، و أين هو من قضاة العدل. كما سيوافيك؟

الثانى: ما دلّ عليه من الروايات و نذكر ما يلى:

۱- مرسلة حمّاد بن عيسى عن العبد الصالح فى حديث طويل فى الخمس و الأنفال و الغنائم قال: «و الأرضون التى أخذت عنوة فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها ثمّ ذكر الزكاة و حصّة العمال إلى أن قال: و يؤخذ الباقى فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و فى مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، و تقوية الدين فى وجوه الجهاد و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامة.

قال الشيخ الحرّ العاملى: يظهر منه جواز الرزق للقاضى من بيت المال «۲»، لأنّ القضاء من أوضح مصاديق ما فيه مصلحة العامة.

۲- ما كتبه الإمام إلى عامله فى مصر: «و اعلم أنّ الرعيّة طبقات: منها جنود الله، و منها كُتّاب العامّة و الخاصّة، و منها قضاة العدل إلى أن قال: و كل قد سمّى الله له سهمه و وضعه على حدّه و فريضته، ثمّ قال: و لكلّ على الوالى حقّ بقدر ما يصلحه، ثمّ قال: و اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك و قال بعد ذكر صفات القاضى: و أكثِر تعاهد قضائه، و أفسح له فى البذل ما يزيح علّته و تقلّ معه

---

(۱) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۷۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲.

حاجته إلى الناس» «۱» و لم يكن فى يد عامل الإمام ما يصرف فى هذا المورد، سوى بيت المال.

۳- روى فى الدعائم عن على عليه السلام أنّه قال: «لا بدّ من إمارة و رزق للأمير. و لا بدّ من عريف و رزق للعريف، و لا بدّ من حاسب و رزق للحاسب و لا بدّ من قاض و رزق للقاضى و كره أن يكون رزق القاضى على الناس الذى يقضى لهم. «۲»

ترى فيه الإطلاق من دون تقييد بما فى كلام الأعلام من كونه كفائياً، أو عينياً؛ مع الحاجة، أو مع عدمها. و لم نقف على مورد، سئل الإمام القاضى المنصوب عن وجود كفاية له و عدمه، أو فصل بين الكفائى و العينى.

استدل على المنع بروايتين:

۱- صحيحة عبد الله بن سنان، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: «ذلك السحت». «۳» و لعلّ وصف رزقه بالسحت لأجل كونه قاضى سلطان الجور و من أعوانه، لا أنّ مجرّد الرزق من بيت المال سحت و إن كان على خلاف الظاهر.

۲- خبر عمّار بن مروان عن أبى عبد الله قال: «و السحت أنواع كثيرة: منها: ما اصيب من أعمال الولاة. و منها: أُجور القضاة». «۴» و يحمل على الأُجور المأخوذة من السلطان الجائر.

و على ضوء ذلك فالحقّ هو جواز الارتزاق من بيت المال سواء كان بصورة الارتزاق من دون تعيين حدّ، بمعنى أنّ الحاكم يقوم برفع حوائج القاضى قليلًا

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۹.

(۲) المستدرك: الجزء ۱۸، الباب ۲۸، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۵ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱۲.

کـان أو کثیراً و هو یـدیر ذمّـۀ القضاء، أو بتعیین حـدّ معیّن کما هو اللائـح من عهـد الإمام الماضـی و أمّا الإشـکال بأنّ القضاء واجب فکیف یأخذ الأُجرۀ علی الواجب؟ فیدفع بأنّه فرق بین الأُجرۀ و الارتزاق، فإنّ عمل القاضـی فی الثانی تبرعی، غیر انّ قیامه بهذا العمل التبرعی رهن سـدّ عیلته، بـدفع شـیء من بیت المـال حتی یقیم صـلبه، و یـدفع عادیـۀ الفقر الکاسـر مضافاً إلی ما سـیوافیک تحلیله فی المقـام الثانی و ما احتمل فی الجواهر من اختصاص بیت المال بـذوی الحاجات «۱» غیر تام لأنّه یصـحّ فی بعضه کالزکاۀ و الصدقات دون غیرهما.

المقام الثانی: فی أخذ الجعل من المتحاکمین

اشارۀ

القاضـی المنصوب إذا أخذ الرزق من بیت المال، یحرم علیه أخذ الجعل من المتحاکمین إذ لا یصحّ له أخذ أُجرتین لعمل واحد، فإنّ عمله هذا ملک للحکومۀ الإسـلامیۀ، و قد عُیِّن للقضاء بین المسلمین مقیّداً بعدم أخذ شیء، فکیف یجوز له أخذ الأُجرۀ أو الجعل؟! و أمّ‍ا إذا لم یکن کـذلک فـالقول بحرمـۀ الجعـل و إن کـان قولًا بین الأصـحاب، قال المحقّق: أمّا لو أخـذ الجعل من المتحاکمین ففیه خلاف و الوجه التفصـیل المـذکور فی الارتزاق من بیت المـال. و قال فی الجواهر: إنّه لا یجوز مطلقاً. «۲» لکن لیس له دلیـل صالح سوی ما ذکره الشیخ فی المبسوط و نقله المحقّق فی الشـرائع و هو أنّه یؤدّی فرضاً، فکیف یأخذ الأُجرۀ علی الفرض؟ و إلیک تحلیل هذا الدلیل فنقول:

إنّ مقتضـی القاعـدۀ صـحّۀ الإجارۀ إذا تمّت أرکانها من موجر عاقل بالغ منتفع بالإجارۀ، و أجیر کـذلک سواء کان باذل الأُجرۀ، أهل البلد، أو المتحاکمین أو المدّعی و علی کل تقدیر فالعمل محترم و الموجر ینتفع بعمله فلا وجه للبطلان مع

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۵۱.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۵۳۵۲، قسم المتن و الشرح.

نظام القضاء و الشهادۀ فی الشریعۀ الإسلامیۀ الغراء، ج ۱، ص: ۱۵۵

تمامیۀ الأرکان إنّما الکلام فی أنّ وجوب القضاء هل یصلح أن یکون مانعاً من صحّۀ الإجارۀ أو لا؟ فنقول:

إنّ المانع عن صحّتها أُمور ثلاثۀ

و هی:

۱- أن لا ـ ینتفع به الموجر، لأنّه یکون من قبیل أکل المال بالباطل و قال سبحانه: (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ) (النساء/ ۲۹) بناء علی أنّ حرف الجرّ فی «بالباطل» بمعنی المقابلۀ أی فی مقابل أمر باطل عند العقلاء فیصحّ به الاستدلال علی البطلان إذا لم تکن للمبیع أو لمورد الإجارۀ منفعۀ عقلائیۀ کبیع الحشرات و أمّا علی القول بأنّه راجع إلی النهی عن الأسباب الفاسدۀ کالرشوۀ، و الربا، و القمار، فیکفی فی عـدم صـحّته، عـدم شـموله مثل هـذه الإجارۀ للعمومات الواردۀ فی باب المعاوضات إذ موردها هو انتفاع الطرفین بالعمل و الأُجرۀ لعدم إقدام العقلاء علی الإیجار فی غیر هذه الصورۀ فتحمل علیه.

۲- أن یکون العمل عبادیاً لا یترتّب علیه الأثر إلّا بالإتیان لله أو امتثال أمره و فی مثله لا یصحّ الاستیجار لأنّ أثر العبادۀ مشروط بالقربۀ، بانحصار الـداعی فیها و لکن الـداعی بعـد الإجارۀ، هو الأُجرۀ لا غیر بحیث لولاها لما قام بالعمل و علی ضوء ذلک یبطل أخـذ الأُجرۀ علی الواجبـات التعبدیّـۀ لأـنّ صـحّۀ صـلاۀ الظهر رهن کونه لله و ینافیه أخـذ الأُجرۀ من غیر فرق بین الفرائض کالصـلوات الیومیـۀ، أو

النوافل، کصلاة اللیل و غسل الجمعة.

و أمّا صحّة النیابة عن المیّت فی قضاء صلواته و صومه، و کذا النیابة عنه فی تلاوة القرآن و زیارة الأئمّة، مع أخذ الأُجرة فالفرق واضح فإنّ الأُجرة فی الأوّل علی نفس العمل فیأخذ الأُجرة، لیصلّی فرائض نفسه أو یأتی بنوافلها، بخلاف الثانی، فإنّ الأُجرة فیها علی النیابة و هی لیست من العبادات و التفصیل فی محلّه.

۳- أن یکون العمل حقّاً للغیر فلو کان کذلک کانت الأُجرة سحتاً و لأجل

ذلک تحرم الأُجرة فی مقابل کفن المسلم و دفنه و الصلاة علیه فإنّ ظاهر الأدلّة کونها من حقوق المیّت علی المسلم الحیّ فأخذ الأُجرة فیه کأخذ الأُجرة علی عمل مستحقّ لآخر کما إذا نذر أن یبنی مسجد لله، فلا یجوز له أخذ الأُجرة فی مقابل العمل.

هذه هی الموانع الثلاثة عن صحّة الإجارة و أخذ الأُجرة و یمکن إرجاع الثانی إلی الأوّل، لأنّ الموجر لا ینتفع بعمل الأجیر إذا کان المورد أمراً عبادیاً قربیّاً، إذ تشترط فی صحّته نیّة القربة غیر الجامعة مع أخذ الأُجرة. و أمّا إرجاع الثالث إلی الثانی، کما علیه المحقّق الرشتی «۱» فلا، لأنّ المفروض أنّ المیت أو ولیّه ینتفع بعمل الأجیر بدفن المیّت أو الصلاة علیه.

و أمّا المقام فلیس القضاء ممّا لا ینتفع به أهل البلد أو المتحاکمان، بل هو قوام الحیاة و المجتمع، و لیس عملًا عبادیاً حتی لا یجتمع مع أخذ الأُجرة و لیس من حقوق الغیر، و إلّا أصبح جمیع الخدمات من هذا القبیل إذ أیّ فرق بین قضاء القاضی و مراقبة الحارس و مرابطة المجاهد فی الحدود، و طبابة الطبیب حیث لا تخطر ببال أحد، حرمة أخذ الأُجرة علی تلک الخدمات بل الجواز فیها بمکان من الوضوح إذ تحریم أخذ الأُجرة فیها یوجب اختلال النظام و تسرّب الفوضی إلی المجتمع.

و کونه واجباً لا یمنع عن الإیجار ما لم یکن حقّاً للغیر أو لم تکن الأدلّة ظاهرة فی کونه عملًا تبرعیّاً فإنّ الواجب علی قسمین: واجب بقید جواز أخذ الأُجرة، کما هو الحال فی الخدمات و الصناعات من غیر فرق بین الکفائی و العینی و کون العامل فقیراً أو غنیاً، فلا یمنع وجوب العمل فیها عن عقد الإیجار، و واجب بقید کونه تبرعیّاً أو متعلّقاً لحقّ الغیر. فمجرّد الوجوب لا یکشف عن کونه عملًا تبرعیاً مستحقاً للغیر، کما أنّ جواز الإجبار، لا یکشف عنه، فإنّ مناط الإجبار، کون العمل

____

(۱) القضاء: ۸۷.

معروفاً لا کونه حقّاً للغیر فیأمره بالإتیان به لتلک الغایة.

إنّ من زعم أنّ الوجوب مطلقاً مانع من أخذ الأُجرة، من دون تفریق بین کونه حقّاً للغیر و عدمه لما واجه الصناعات و الخدمات حیث إنّها واجبة مع جواز أخذ الأُجرة، حاول تصحیح أخذ الأُجرة بوجوه زائفة موجودة فی المکاسب المحرّمة للشیخ الأنصاری و نقلها السید الطباطبائی فی المقام «۱» و الحقّ أن یقال: إنّ الوجوب بما هو هو غیر مانع عن الإیجار و أخذ الأُجرة، و المانع کونه حقّاً للغیر و لیس القضاء کذلک.

و علی ضوء ذلک یجوز جعله علی المتحاکمین بالتشریک بینهما کما یجوز جعله علی المدّعی، أو علی المحکوم علیه فیتّبع علی کیفیة الاتفاق.

قال الشهید فی المسالک: ثمّ علی تقدیر جوازه بوجه ففی جواز تخصیص أحدهما به أو جعله علی المدّعی أو التشریک بینهما أوجه، من الشکّ فی أنّها تابع للعمل أو للمنفعة الحاصلة، فعلی الأوّل هو علیهما و علی الثانی یجب علی المحکوم له أو علی المدّعی. «۲»

أقول: الظاهر أنّه لو رفع المتحاکمان الشکوی إلیه فالأُجرة علیهما، و إن رفع المدّعی فهو علیه، إلّا أن یکون هنا اتّفاق آخر.

ثمّ إنّ المحقق أجاز للمؤذّن و القاسم و کاتب القاضی و المترجم و صاحب الدیوان و والی بیت المال أن یأخذوا الرزق من بیت

المال المعدّ للمصالح و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم القرآن و الآداب. «۳» من غير تفصيل بين كون العمل واجباً كفائياً أو عينياً أو كونهم من ذوى الكفايات أو من ذوى الحاجات. و لكنّه قدّس سرَّه استشكل فى القاضى فيما إذا كان متعيّناً عليه و كان غنيّاً و الفرق عجيب.

(۱) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة ۲/ ۲۰، المسألة ۱۷.

(۲) المسالک ۲/ ۳۹۳.

(۳) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۶۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۵۸

نعم لو رفع المدّعى الشكوى إلى المجتهد و كان فقيراً، بذل الحاكم نفقة القضاء من بيت المال لئلا يتضرّر المسلم و لو تعذّر التوصل إليه، فيجب على القاضى القيام به على الأحوط، من باب صيانة حقّ المؤمن كنفسه.

المسألة السادسة: فيما تثبت به ولاية القاضى

اشارة

تثبت ولاية القاضى بالأُمور التالية:

۱- العلم ۲- البيّنة ۳- سماع التولية ۴- إقرار الإمام أو من نصبه بها ۵ حكم الحاكم ۶ الاستفاضة. و إليك بيانها:

أمّا العلم فهو أعلى الطرق و ليس وراءه شىء.

و أمّا البيّنة، فثبوتها بها يتوقّف على وجود إطلاق فى حجّية البيّنة و عدم اختصاصها بالمرافعات و الموارد الّتى وردت فيها بالخصوص و لعلّ الإمعان فى رواية «مسعدة بن صدقة» «۱» و غيرها يعطى سعة حجيّتها و التفصيل موكول إلى محلّه.

و أمّا سماع التولية فلأنّ ظواهر الكلام حجّة فإذا قال: نصبت زيداً للقضاء، يكون الظنّ الحاصل منها حجّة و على ما ذكرنا فى علم الأُصول عند البحث فى حجّية الظواهر من أنّ الظواهر مفيدة للعلم بالمراد الاستعمالى يدخل هذا، فى القسم الأوّل و لمّا كانت الظواهر عند المشهور من الحجج الظنّية عدّوها سبباً مستقلًا.

و أمّا إقرار الإمام أو من نصبه بها، فلحجّية إقرار كل فيما يرجع إليه و يملكه و قد ثبت فى محلّه أنّ «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

و أمّا حكم الحاكم فالمقصود، هو حكم الحاكم فى البلد أو القاضى غير

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۴ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۵۹

المعزول على كون شخص منصوباً للقضاء، و حجّيته موقوف على حجّية حكم الحاكم فى الموضوعات الخارجة عن حريم المرافعات و هو بعدُ غير ثابت لأنّ مقتضى الأدلّة حجّية رأيه فى الأحكام و المرافعات، و أمّا حجيّة رأيه فى الموضوعات التى لم ينسدّ باب العلم فيها فلا، لإمكان التوصل إليها بالطرق المقرّرة الشرعية.

نعم يمكن أن يقال: إنّ هناك موضوعات، لو لم نقل بحجّية حكم الحاكم فيها، لزم طرح الحكم المجعول لها و ذلك كالهلال مثلًا إذا كان حكم الحاكم حجّة فى ثبوت الهلال تكون الدواعى مصروفة إلى إعلامه بالرؤية، فإذا استفاض يقطع بصحّته فيحكم برؤية

الهلال بخلاف ما إذا قلنا بعدم حجّیة حکمه فلا یکون هنا داع إلی الإعلام فیلزم ترک الحکم المجعول لها. و مثلها المقام إذ مقتضی طبع الحال أن یطّلع حاکم البلد، علی القاضی المنصوب لوجود مراسلات بینه و بین الحاکم الأعلی، بخلاف سائر الناس، فلو ألغینا حکمه، لزم طرح الآثار المترتّبة علی القاضی المنصوب.

أمّا السادس، أعنی: الاستفاضة، فبما أنّها لم ترد فی لسان الدلیل، فلا ملزم للغور فی تبیین مفهومها و البحث عن ثبوت الولایة بالشیاع و عدمه، خال عن الفائدة فی الظروف الحاضرة لأنّ ثبوتها من أسهل الأُمور فیها فاللازم البحث عن أدلّة حجّیة الشیاع فی الموضوعات من غیر تقیّد بالمقام، و لما للبحث من فوائد فقهیة: فنقول

استدلّ علی حجیّة الشیاع بوجوه:

الأوّل: مرسلة یونس

عن بعض رجاله عن أبی عبد الله قال: سألته عن البیّنة إذا أُقیمت علی الحقّ أ یحلّ للقاضی أن یقضی بقول البیّنة إذا لم یعرفهم من غیر مسألة؟ فقال: «خمسة أشیاء یجب علی الناس أن یأخذوا فیها بظاهر الحکم: الولایات، و التناکح، و المواریث، و الذبائح، و الشهادات فإذا کان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا یُسأل عن باطنه». «۱»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۶۰

و رواه الصدوق فی الفقیه و ذکر مکان المواریث «الأنساب». «۱»

و رواه فی الخصال عن أبی جعفر المقری رفعه إلی أبی عبد الله عن آبائه عن علی علیهم السَّلام: خمسة یجب علی القاضی. «۲»

و رواه الشیخ بإسناده عن علی بن إبراهیم إلّا أنّه قال مکان «بظاهر الحکم»: «بظاهر الحال». «۳»

و لعلّ عنایة المشایخ الثلاثة بنقلها، تورث الاطمئنان بصدورها و لا یضرّها الإرسال و الرفع. إنّما الکلام فی فقه الروایة فندرسها نجوماً لإیضاح مفادها.

۱- ما ذا یرید السائل من قوله: «أن یقضی بقول البیّنة إذا لم یعرفهم من غیر مسألة» و کیف یقضی بشهادتهم مع عدم عرفانهم، و هل یجتمع ذلک مع لزوم إحراز عدالتهم؟

و الظاهر أنّ المراد لا یعرف مستند شهادتهم بشهادة قول السّائل: «من غیر مسألة» و شهادة ما فی جواب الإمام من قوله: جازت شهادته و لا یُسأل عن باطنه.

۲- «خمسة أشیاء، یجب علی الناس أن یأخذوا بظاهر الحکم» إنّ لهذه الفقرة تفسیرین:

أ: المراد من قوله: «بظاهر الحکم» هو حکم الناس فتکون اللام للعهد الذکری لسبق لفظ الناس و لو صحّ ما نقله الشیخ من «ظاهر الحال» مکان «ظاهر الحکم» یکون المراد حال الناس أی تلقّیهم هذه الأُمور صحیحاً. فیکون مفادهما واحداً، و الفقرة دلیلًا علی حجّیة الشیاع و حکم الناس فیها و الله سبحانه لأجل التسهیل علی العباد جعل حکم الناس فیها حجّة علی السائرین، فإذا

---

(۱) الصدوق: الفقیه، ج ۳، ص ۹، برقم ۲۹.

(۲) الصدوق: الخصال، باب الخمسة، الحدیث ۸۸.

(۳) الطوسی: التهذیب، ج ۶، ص ۲۸۸، برقم ۷۹۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۱

أشار الناس إلی واحد، بأنّه وال، و إلی آخر بأنّه زوج و إلی ثالث بأنّه وارث فلان، و إلی لحم بأنّه مذکّی، یقبل قولهم و یؤخذ به و لا یجب التجسّس. و هذا هو الذی فهمه المستدل بالروایة، علی حجّیة الشیاع.

لکن هذا المعنی لا یلائم الموضوع الخامس (الشهادة) إذ لو أُرید منه أیضاً ذاک، کان علی الإمام أن یقول: «و العدالة» أی إذا اشتهر بین الناس أنّ رجلًا عادل یقبل حکم الناس فی حقّه. لا أنّه إذا اشتهر بین الناس بالشهادة تقبل شهادته إذ لیس له معنی معقول و قد نقل المحقق الآشتیانی وجهاً له وصفه بالرکاکة، فلاحظ «۱».

إلّا أن یقال: الشهادة مصحف العدالة أو هو من قبیل ذکر المسبّب و إرادة السبب أی إذا قبل الناس شهادة رجل فعلی الشاکّ قبولها، لأنّه یکشف عن کونه عادلًا، فحکم الناس فی الأربعة الأُول، یثبت نفسها و فی الخامس یثبت منشأها و مستندها.

ب: أن یراد من ظاهر الحکم، حسن ظاهر الأفراد و المقصود أنّ حسن الظاهر حجّة فی الموارد الخمسة، و علیه یکون المراد من ظاهر الحال فی نقل الشیخ هو ذاک فإذا ادّعی الولایة، أو الزوجیّة أو الوراثة أو الذبح أو الشهادة و کانوا فی الظاهر مأمونین یقبل أقوالهم و لا یتفحّص عن مستند أقوالهم و هذا المعنی یلائم الموارد الخمسة و یؤیّده الفقرة التالیة.

۳- «فإن کان ظاهره مأموناً جازت شهادته و لا یسأل عن باطنه» و إنّما خصّ الشاهدَ، بحسن الظاهر، مع کونه شرطاً فی الجمیع لأجل وجود السؤال فی حقّه حیث قال: «أن یقضی بقول البیّنة إذا لم یعرفهم من غیر مسألة» و عندئذ یکون الحدیث أجنبیاً عن الدلالة علی حجیّة الشیاع بل کان دلیلًا علی حجّیة قول المدّعی فی هذه الأمور بالشرط المذکور و لا دلیل علی اختصاص الولایة بالقضاء بل

---

(۱) الآشتیانی: القضاء: ۴۵

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۲

یعمّ الولایة فی التصرّف کالمتصرّف فی مال الغیر.

الثانی: صحیحة حریز

قال: کانت لإسماعیل بن أبی عبد الله علیه السلام دنانیر و أراد رجل من قریش أن یخرج إلی الیمن، فقال إسماعیل: یا أبه إنّ فلاناً یرید الخروج إلی الیمن و عندی کذا و کذا دینار، أ فتری أن أدفعها إلیه یبتاع لی بها بضاعة من الیمن؟ فقال أبو عبد الله علیه السلام: «یا بنیّ أما بلغک أنّه یشرب الخمر» فقال إسماعیل: هکذا یقول الناس، فقال: «لا! یا بنیّ لا تفعل».

فعصی إسماعیل أباه و دفع إلیه دنانیره، فاستهلکها و لم یأته بشیء منها، فخرج إسماعیل، و قضی أنّ أبا عبد الله علیه السلام حجّ و حجّ إسماعیل تلک السنة، فجعل یطوف بالبیت و یقول: اللّهمّ اجرنی و اخلف علیّ»، فلحقه أبو عبد اللّه علیه السلام فهمزه بیده من خلفه و قال له: «یا بنیّ فلا و الله ما لک علی الله هذا، و لا لک أن یأجرک و لا یخلف علیک، و قد بلغک أنّه یشرب الخمر فائتمنته».

فقال إسماعیل: یا أبه انّی لم أره یشرب الخمر إنّما سمعت الناس یقولون. فقال: «یا بنی إنّ الله عزّ و جلّ یقول فی کتابه: (یُؤْمِنُ بِاللّٰهِ وَ یُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِینَ) «۱» یقول: یصدّق اللّه و یصدّق للمؤمنین فإذا شهد عندک المؤمنون فصدّقهم، و لا تأتمن شارب الخمر انّ اللّه عزّ و جلّ یقول فی کتابه: (وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ) «۲» فأیّ سفیه أسفه من شارب الخمر؟ إنّ شارب الخمر لا یُزوّج إذا خطب، و لا یُشفّع إذا شفع، و لا یؤتمن علی أمانة، فمن ائتمنه علی أمانة فاستهلکها لم یکن للذی ائتمنه علی اللّه أن یأجره و لا یُخلف علیه» «۳».

قال صاحب الجواهر: بعد نقل الروایة إذ هو کما تری کالصریح فی اعتبار الشیاع الذی أعلی أفراده هو قول الناس و شهادة المؤمنین و نحوهما مما مذکور فیه و به أدرجه فیما دلّ علی النهی عن ائتمان شارب الخمر. «۴»

---

(۱) التوبة: ۶۱.

(۲) النساء/ ۵.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب أحكام الوديعة، الحديث ۱.

(۴) الجواهر: ۴۰/ ۵۷.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۶۳

و بذلك يعلم عدم تمامية ما ذكره المحقق العراقي في ردّ الاستدلال بالحديث إنّ ظاهر الحديث هو أنّ الإمام عليه السلام يعلّم ولده آداب المعاشرة حيث ينبغي أن يسلك في مثل هذه الموارد طريق الاحتياط و أن يصدّق الناس في الظاهر تصديقاً صورياً. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ لسان الرواية لسان الإحراز و الحجّية حيث يقول: «و لا تأتمن شارب الخمر إنّ الله عزّ و جلّ يقول في كتابه: (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ) و أيّ سفيه أسفه من شارب الخمر» نعم لا يلزم من حجّية الشياع كونه حجّة في جميع الموارد فلا يُحدّ الإنسان و إن شاع أنّه سارق أو زان إذ لإجراء الحدّ شروط خاصة.

و مع ذلك كلّه فالإذعان بما ذكر مشكل جدّاً، إذ من المحتمل أن يكون المراد من التصديق الحذر و الاحتياط لا ترتيب الآثار الشرعية. و يؤيده ما في كلام الإمام الكاظم لمحمد بن الفضيل أيضاً: يا محمّد كذّب سمعك و بصرك عن أخيك المؤمن و لو شهد عندك خمسون قسامة و قال لك قولًا فصدّقه و كذّبهم. «۲»

فإنّ تكذيب خمسين قسامة، تكذيب لبيّنة شرعيّة، و لو كان المراد هو التكذيب الجدّي، لحفظ قول مؤمن واحد يلزم ترجيح المرجوح على الراجح و هو أقبح من الترجيح بلا مرجح. و هذا يعرب عن كون تصديق المؤمنين و تكذيبهم، ليس بالمعنى الحقيقي بل الغاية هو الدعوة إلى الحذر و الاحتياط، فمقتضى الاحتياط في مورد الاتّهام بشرب الخمر هو عدم الائتمان، كما أنّ مقتضاه في المورد الثاني، عدم ترتّب الأثر في حقّ الأخ عند تكذيبه.

الثالث: ما ورد في متاع الرجل و المرأة

، إذا مات أحدهما فادّعاه ورثة الحيّ و ورثة الميّت أو طلّقها فادّعاه الرجل و ادّعته المرأة، فقد قضى الإمام بأنّ المتاع

---

(۱) المحقق العراقي: القضاء ۲۰.

(۲) تفسير نور الثقلين: ج ۳، ص ۵۸۲؛ ثواب الأعمال ۲۹۵؛ البحار: ۷۵، ص ۲۵۵، الحديث ۴۰.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۶۴

للمرأة مستدلًا بقوله: «أ رأيت إن أقامت بيّنة إلى كم كانت تحتاج؟» فقلت: شاهدين، فقال: «لو سألت من بين لابتيها يعني الجبلين و نحن يومئذ بمكّة لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يُهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهي التي جاءت به، و هذا المدّعي (الرجل) إن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة». «۱»

و ظاهر الحديث أنّ الاعتداد بشهادة من بين لابتين لأجل إفادته العلم و اليقين، فإنّ المتاع قد نقل على رءوس الأشهاد من بيت المرأة إلى بيت الزوج، فكيف يصحّ للزوج أن يدّعي أنّه له. فلا صلة له بالشياع بما هو هو.

الرابع: ما رواه في الوسائل عن تفسير الإمام الحسن العسكري عليه السلام

من أنّ المدّعي إذا جاء بشهود إلى النبيّ الأكرم و هو لا يعرفهم بخير و لا شرّ، يرسل من خيار أصحابه من يسألهما عن قبائلهما و أسواقهما، و محالهما، و الربض الذي ينزلانه حتى يخبراه بحالهما .... «۲»

و الحديث مع ضعف سنده و عدم صلاحيته للاحتجاج ينزل على حصول العلم، من الفحص من تلك المظان، و لا صلة له بالشياع.

الخامس: ما فی صحیحة عبد الله بن أبی یعفور:

من بيان ما تعرف به العدالة: ... فإذا سئل عنه فى قبيلته و محلته قالوا: ما رأينا منه إلّا خيراً .... «۳»
يلاحظ عليه: انّه جعل قضاء الناس فى حقهما، جزء السبب لا تمامه كما هو ظاهر لمن لاحظها و المدّعى كون الشياع تمامه.
إلى هنا كانت الأدلّة مسوقة لبيان حجّية الشياع على وجه الإطلاق بخلاف الوجهين التاليين فانّهما يختصّان بحجّيته فى باب الولاية.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، و هو حديث مفصل.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

السادس: السیرة المستمرّة من زمن النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم

حيث استقرّت على تعيين الولاة و إثباتها بالاستفاضة و لم يكن دأب النبى أو من نصبوه لنصب القاضى، إرسال البيّنة العادلة عند كل أحد، مع القاضى المنصوب حتى تشهد لولاته. «۱»
يلاحظ عليه: أنّ إرسال القاضى كان مرفّقاً برسالة مأمونة من التزوير و كانت مفيدة للاطمئنان لوجوه أهل البلد الذين كانوا يقابلون القاضى قبل كل أحد، و كان تصديقهم مورثاً للعلم لغيرهم فلا يصحّ القول بأنّا نعلم بعدم حصول العلم.

السابع: عسر إقامة البیّنة فیجب سماع الاستفاضة فیها

أمّا الصغرى فواضحة حيث إنّ إقامة البيّنة العادلة عند كل من يحتاج للرجوع إليه مشكل جدّاً و أمّا الكبرى فلما يستفاد من النصوص أنّه كلّما تعسّرت إقامة البيّنة يقوم غيرها مقامها.
و أورد عليه أنّ عسر اقامة البيّنة لا يوجب الانتقال إلى غيرها بل ربّما يوجب سقوط وجوب الإقامة كما هو الحال فيما إذا لم يعلم إلّا من قبلها أو سقوط بعض شروطها كالمذكورة فى شهادة النساء على الحمل، أو سقوط العدالة، كما إذا حضر الموت و لم يكن عند المحتضر مسلم عادل فيجوز إشهاد غير المسلم لقوله سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ...) (المائدة/ ۱۰۶). «۲»
لقد تلخّص من هذا البحث الضافى حول الشياع عدم دليل صالح يعطى كون الشياع حجّة بنفسه و لو كان هناك دليل من إجماع أو غيره على حجيّته فى موارد كالهلال «۳» و النسب يكتفى به و إلّا فلو أفاد الاطمئنان فهو و إلّا فلا يعدّ دليلًا

---

(۱) الآشتيانى: القضاء/ ۴۳، هذا الوجه و ما بعده مختصّ بباب الولاية.

(۲) الآشتيانى: القضاء/ ۴۳ مع تفصيل منّا.

(۳) لاحظ الوسائل: الجزء ۷، الباب ۱۱ من أبواب شهر رمضان، الحديث ۱۴.

شرعيّاً.

و فی ما أفاد الاطمئنان لا یصلح دلیلًا للحکم فی المرافعات و الحدود، لأنّ الاعتبار فی المرافعات بالبیّنهٔ، و فی غیرها کالحدود بما ورد فیها من الخصوصیات.

بقی الکلام فی أُمور:

الأوّل: هل حجّیهٔ الشیاع علی القول بحجّیته مشروطهٔ بإفادته العلم، أو الاطمئنان المتاخم له، أو الظن المطلق أو هو حجّهٔ مطلقاً؟

اختار الأخیر صاحب الجواهر و قال: «المـدار علی تحققه» «۱» و لاـ سبیـل إلی الأوّل لأنّه یُلحقه بما لا شکّ فی حجّیته، و یکون تعلیق الحکم بالشـیاع عندئـذ لغواً، و أمّا الأخیر فهو بعیـد عن مـذاق العقلاء فإنّهم یعتبرون الشـیاع طریقاً إلی الواقع و لو أمضاه الشارع فإنّما أمضاه لأجل ذلک الملاک، و احتمال التعبدیـهٔ فی حجیـهٔ الأمارات العقلائیـهٔ بعیـد عن لسان الآیات و الروایهٔ، فدار الأمر بین المتاخم للعلم و الظن المطلق، و بمـا أنّ الموضوعـات الواردهٔ فی مرسـلهٔ یونس بن عبـد الرحمن علی فرض دلالتها من مهامّ الأُمور، فمن البعید حجّیهٔ الظن المطلق فی الولایات التی تمارس الدماء و الأعراض و الأموال. فلم یبق إلّا الاطمئنان الذی هو علم عرفی.

و الـذی یسـهل الخطب أنّ الشـیاع الطبیعی لاـ یفارق الاطمئنان فی ظرف من الظروف إلّا إذا کان للمورد خصوصـیهٔ تورث سوء الظن بالخبر و هو خارج عن مصبّ البحث. و الحاصل أنّ کل مورد یکون خارجاً عن احتمال التوطئهٔ، یکون الشیاع مفیداً للاطمئنان.

الثانی: فی العدد المحقِّق للشیاع

و الظاهر أنّه لا یمکن تحدیـده کما لا یمکن تحدیـد العـدد المحقق للتواتر لأنّ طبیعـهٔ الموضوعات مختلفـهٔ اذ الـدواعی إلی الجعل و المؤامرهٔ و التوطئهٔ موجودهٔ فی بعضها دون بعض فإنّه إذا کان المناط هو الشیاع

---

(۱) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۵۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۶۷

المفید للاطمئنان فتجب الاستفاضهٔ إلی حدّ یفیده، و هذا یختلف حسب اختلاف الموضوعات فی القرب من دواعی الجعل و عدمه، و حسب صلتها بالسیاسهٔ و الأهواء و المیول، و لذلک یجب التربّص حتی یحصل الاطمئنان.

الثالث: هل الشیاع حجّهٔ فی خصوص الخمسهٔ الواردهٔ فی مرسلهٔ یونس أو یعمّها و غیرها؟

و قد اسـتظهر صاحب الجواهر عموم اعتباره لغیر المذکورات فیها، لأنّ صـریح صـحیحهٔ حریز هو ثبوت الفسق لکن التعدّی إلی غیرها یحتـاج إلی الـدلیل، و ذلک لأجل ورود العـدد فی المرسـلهٔ نعم بما أنّها لیست بحجّـهٔ لإرسالها و إجمال المراد منها یؤخـذ بإطلاق ما دلّت الصحیحهٔ علیه. کلّ ذلک علی فرض ثبوت حجّیهٔ الشیاع بما هو هو و إلّا فیکون أشبه بالسالبهٔ بانتفاء الموضوع.

المسألهٔ السابعهٔ: فی نصب قاضیین فی البلد الواحد

اشارهٔ

إذا کان البلـد صـغیراً أو کانت المرافعات قلیلـهٔ، علی وجه ترتفع الحاجـهٔ بممارسـهٔ الواحـد، یکتفی بنصب قاض واحد و أمّا إذا کانت

هناک حاجة إلى التعدد فيجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد و أمّا كيفية ممارستهما فلها وجوه بالنحو التالى:

۱- تخصيص كلّ واحد بطرف فى البلد كالشرق و الغرب.

۲- تخصيص كلّ واحد بزمان خاص كالصباح و المساء.

۳- تخصيص واحد، بالحقوق و الآخر بالجزاء.

و ليس ذلک، تضييقاً فى ولايته و لا مخالفاً لاستقلال القاضى و إنّما هو من باب تقسيم المسئوليات بين القضاة حتى تجرى الأُمور على أحسن الوجوه.

۴- جعل كلّ واحد قاضياً فى تمام البلد، و تمام الجهات فى الحقوق و الجزاء و ذلک لكثرة المراجعات و الشكاوى، و لكل غرفة فى دائرة القضاء.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۱۶۸

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۸

۵ التشريک بينهما فى الجهة الواحدة على جهة الاجتماع على الحكم الواحد، كان ينصبا، للقضاء فى حادثة على وجه الاتفاق، و إصدار الحكم على وجه الاشتراک و لا يتحقّق إلّا بالتوافق قبل إصداره.

۶- تلک الصورة و يكون الاعتبار للرأى الحائز لأكثر الآراء.

۷- تلک الصورة و يكون الاعتبار للرأى الحائز لنصاب خاصّ من الآراء لا مطلق الأكثرية كأربعة أخماس من خمسة آراء.

هذه هى الصور المتصوّرة فى المقام و ليس فى كلمات القوم أثر من السادس و السابع، مع كونهما رائجين بين العقلاء و المجامع القضائية العالمية.

فندرّس أحكام الصور، أمّا الثلاثة الأول فلا شبهة فى صحّتها، إنّما الكلام فى أحكام الصور الباقية و إليک دراستها:

الف: نصب قاضيين فى البلد فى جميع الجهات

اشارة

إنّ الداعى لهذا النوع من النصب صلاحية كلّ من القاضيين للقضاء فى جميع الجهات، مع مسيس الحاجة إليهما، كما يجوز نصب وكيلين تامى الاختيار فى الأموال بيعاً و إجارة و رهناً و غيرها، نعم إنّ هذا النوع من النصب ربّما يورث التنازع بين المترافعين إذ يمكن أن يختار كل رجلًا هذا بخلاف ما إذا كان القاضى واحداً و هذه الصورة هى الّتى أشار إليها صاحب الجواهر مع الإيعاز بما يترتّب عليه من التنازع و قال: و أولى من ذلک (القضاء على وجه الاتفاق الصورة الخامسة) التشريک بينهما على جهة الاستقلال كما فى نصب الغيبة إلى أن قال: و التنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما و لو جاءا معاً حكم بالقرعة و لو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء، قدّم من يختاره المدَّعى. «۱»

و قال النراقى: إذا كان هناک مجتهدان أو أكثر يتخيّر فيهما الرعيّة، فالحكم

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۹

لمن اختاره المدّعى و هو المتّبع له إجماعاً له، و لأنّه المطالِب بالحقّ، و لا حقّ لغيره أوّلًا فمن طلب منه المدّعى استنقاذ حقّه يجب عليه الفحص فيجب اتّباعه و لا وجوب لغيره. «۱»

أقول: ما ذكره العلمان هو الحقّ إذ المدّعى له حقّ إقامة الدعوى، فى تمام المحاكم الشرعية دون محكمة خاصّة، و من له هذا الشأن، يكون التعيين بيده.

غير أنّ السيّد الطباطبائى لم يرتض ذلك و قال ردّاً على المستند: إنّ كون الحقّ له غير معلوم، و إن أُريد حقّ الدعوى له حيث إنّ له أن يدّعى و له أن يترك، ففيه أنّ مجرد هذا لا يوجب تقديم مختاره إذ بعد الدعوى يكون للآخر أيضاً حقّ الجواب مع أنّه يمكن أن يسبق المدّعى عليه بعد الدعوى إلى حاكم و يطلب منه تخليصه من دعوى المدّعى فمقتضى القاعدة مع عدم أعلمية أحد الحاكمين هو القرعة إلّا إذا ثبت الإجماع على تقديم مختار المدّعى. «۲»

يلاحظ عليه بأمرين:

۱- لا شكّ أنّ للآخر حقّ الجواب، لكن هذا الحقّ إنّما يتولد، بعد إقامة الدعوى لدى الحاكم المختار للمدّعى، فلا يمكن أن يكون مانعاً من اختياره و يكون أشبه بمنازعة النتيجة مع المقدمة.

۲- إنّ للآخر الرجوع إلى حاكم آخر يطلب منه تخليصه من دعوى المدّعى، لكنه إنّما يتحقق بعد صدور الحكم من الحاكم الأوّل إمّا لأجل وجود البيّنة للمدّعى، أو لنكول المنكر و ردّه اليمين إلى المدّعى، و أمّا قبله فلم يحكم عليه بشىء حتى يكلف تخليصه من الحاكم الثانى.

ثمّ قال السيّد الطباطبائى: هذا إذا كان أحدهما مدّعياً و الآخر منكراً و أمّا

---

(۱) النراقى: المستند ۲، كتاب القضاء/ ۴۹۸.

(۲) الطباطبائى: ملحقات العروة الوثقى: ۲/ ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۷۰

مع تداعيهما بأن يكون كلّ مدعياً من وجه و اختار كلّ منهما غير ما اختاره الآخر مع فرض تساويهما فلا ينبغى الإشكال فى القرعة كما إذا زوّجت الباكرة الرشيدة نفسها من رجل، و زوّجها أبوها من آخر فتنازع الرجل فى زوجيّتها أو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثة فى كون الحبوة مجّانية أو بعوض الإرث أو تنازع اثنان فيما فى يد ثالث أو فيما لا يد لأحد عليه، فمع اختيار كلّ من المتنازعين حاكماً للترافع و إصرارهما على ذلك يكون المرجع هو القرعة.

أقول: ما ذكره من أنّ المرجع هو القرعة إنّما يتمّ فيما إذا كان من قبيل الشبهات الموضوعية كما لو تنازعا فى مال فى يد ثالث و أمّا إذا كانت الشبهة موضوعية كما فى مثال التزويج و الحبوة، فالمرجع هو القاضى الأعلم فى البلدة، لوجوب تقليده و عدم حجّية فتوى غيره و قد عرفت أنّ القضاء فيها، إفتاء أوّلًا، ثمّ قضاء.

فتلخّص أنّ هناك صوراً:

۱- إذا كان هناك ادّعاء من جانب و انكار من جانب آخر فتعيين القاضى بيد المدّعى.

۲- إذا كان هناك تداع و كانت الشبهة موضوعية فتعيين القاضى بالقرعة بينهما.

۳- إذا كانت حكمية فيرجع إلى أعلم القضاة فى البلد.

ب: نصب قاضيين لممارسة القضاء على وجه الاتفاق

اشارة

هذه هی الصورة الخامسة و قد جاءت المسألة فی کتب لفیف من الأصحاب کالمحقّق و من بعده و إلیک نصوصهم:

۱- قال المحقّق: و هل یجوز التشریک بینهما فی الولایة الواحدة؟ و الوجه

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۷۱

الجواز لأنّ القضاء نیابة تتبع اختیار المنوب. «۱»

۲- قال العلّامة فی القواعد: و لو اشترط اتّفاقهما فی حکم فالأقرب الجواز. «۲»

۳- و قال فخر المحققین فی شرحه: وجه القرب أنّه أضبط و لجوازه فی الشهادة و هی الأصل و أنّهما کالولیین و الوصیین و یحتمل عدمه لأنّ الخلاف فی مواقع الاجتهاد کثیر و هو یؤدی إلی تعطیل الحکم فیبقی أکثر الخصومات غیر مفصولة، و الأقرب عندی هو الأوّل. ۳

۴- و قال العلّامة فی الإرشاد: و لو شرط اتّفاقهما فی کلّ حکم لم یجز. ۴

۵- و قال الشهید: و لو شرط اتّفاقهما فی الأحکام ففیه نظر من تضییق موارد الاجتهاد، و من أنّه أوثق فی الحکم عندنا لأنّ المصیب واحد. ۵

۶- و قال الشهید الثانی: فإن شرط علیهما الاجتماع علی الحکم الواحد ففی جوازه وجهان:

أحدهما: العدم لأنّ الخلاف فی مواقع الاجتهاد ممّا یکثر فیبقی الخصومات غیر مفصولة.

و الثانی: و هو الذی اختاره العلّامة و ولده، الجواز لأنّه أضبط و أوثق فی الحکم خصوصاً عندنا من أنّ المصیب فیه واحد. و علی هذا فإن اختلف اجتهادهما فی المسألة وقف الحکم و إنّما ینفذان ما یتفق فیه اجتهادهما. ۶

و قال السیّد العاملی: لا خلاف فی جواز تعددهم بحسب اختلاف البلدان أو الأحکام أو الأزمان و إنّما الکلام فیما إذا اتّحد الحکم کأن یشترط اجتماعهما فی حکم أی نوع من الأحکام أو الصنف أو کل حکم، و المصنف (العلّامة) هنا

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۷۰.

(۲) ۲ و ۳ الإیضاح فی شرح القواعد: ۴/ ۳۰۰.

(۳) ۴ العلّامة الحلّی: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۹.

(۴) ۵ مکی العاملی، الدروس الشرعیّة: ۲/ ۶۷.

(۵) ۶ زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۷۲

و الفخر ظاهراً و الشهید الثانی علی الجواز و استدل علیه بعضهم بأنّ القضاء نیابة فیتبع اختیار المنوب کالوکیلین و الوصیین و فیه أنّه کالمصادرة، و الأولی الاستدلال علیه بالأصل و عموم الأدلّة و کونه فی معنی قصر ولایتهما بما یتفقان علیه فیکون أوثق و أضبط قالوا: فإن اختلف اجتهادهما فی المسألة وقف الحکم فیرجعان إلیه علیه السلام.

و ذهب المصنف فی الإرشاد و التحریر إلی عدم الجواز لأنّه یؤول إلی تعطیل الأحکام و بقاء المنازعة. قلت: الأولی الاستدلال علیه بأنّهما إن صلحا للقضاء فلا معنی لاشتراط اتّفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد کثیراً و إلّا فلا معنی لتولیتهما و إلّا فما استندوا إلیه فی المنع یندفع بأدنی ملاحظة فیما ذکرناه من أدلّة المجیزین، ثمّ اختار الجواز لأنّه قد تقضی المصلحة قصر ولایتهما علی ما یتفقان فیه و إن کان کل منهما صالحاً للقضاء. «۱»

أقول:

يقع الكلام فى جهات:

الأُولى: التصوير الصحيح من هذا القسم

، فهل المراد منها، كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كلّ واحد نصف قاض أو أنّ المراد أنّ كلّ واحد قاض تامّ و لكن الحكم لا ينفذ بدون الاتّفاق؟ و الظاهر هو الثانى، بدليل تشبيه المقام بالوصيين و الوكيلين فإنّ كلّ واحد وصىّ إلّا أنّه لا ينفذ تصرّفه إلّا برضا الآخر، و لأجل ذلك لو مات أحدهما يبقى الآخر وصيّاً تام الاختيار و لا يحتاج إلى ضمّ غيره إليه.

الثانية: فى تلخيص أدلّة الطرفين

. إنّ المجيز و المانع استندا إلى وجوه مختلفة، فاستند المجيز إلى:

۱- كونه أوثق و أضبط فيكون أوقع.

۲- إنّهما كالوكيلين و الوصيين.

---

(۱) العاملى: مفتاح الكرامة ۱۰/ ۱۲.

۳ إذا جاز فى الشهادة التى هى الأصل للقضاء يجوز فى المقام.

۴- إنّ الجواز مقتضى الأصل و العمومات.

و عليه لو اتّفقا ينفذ و إلّا يوقف.

استند المانع إلى:

۱- أنّ الخلاف فى مواقع الاجتهاد كثير و هو يؤدى إلى تعطيل الأحكام.

۲- أنّه تضييق لموارد الاجتهاد و لعلّه يريد أنّه تضييق لولاية القاضى و مخالف لاستقلاله.

۳- أنّهما إن صلحا للقضاء فلا معنى لاشتراط الاتّفاق و إلّا فلا معنى لتوليتهما.

الثالثة: فى القضاء بين القولين

هو أنّ مورد النزاع غير منقح فى كلامهم فإن كان النزاع فى المنصوب الخاص كما هو الظاهر من كلام السيّد العاملى حيث قال: «فيرجعان إليه عليه السلام» فلا موضع للجدال، لأنّ ولاية القاضى ضوء من ولاية الإمام، فهى تتّبع كيفية الإفاضة فتارة يتولّى عنه على وجه الاستقلال و أُخرى على وجه التشريك و شرط الاتّفاق قال سبحانه: (هٰذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ) (ص/ ۳۹). و لعلّ المفروض فى كلام المحقق أيضاً هو هذه الصورة حيث قال: «لأنّ القضاء نيابة تتّبع اختيار المنوب» و مع هذا لا حاجة للاستدلال بالأوثقية أو التشبيه بالوكيلين أو الوصيين أو الشهادة. و لم أتحقق وجه التمسك بالأصل فى المقام فى كلام السيّد العاملى، و أمّا العمومات فهى فرع وجود البيان من هذه الجهة.

كما أنّه لا يصلح للمنع قوله بأنّه يؤدى إلى تعطيل الأحكام ضرورة أنّه محدّد بما إذا لم يؤدّ إلى التعطيل، أو قوله: إنّه إن صلح للقضاء فلا معنى للاشتراط، لما عرفت من أنّها مفاضة منه فتتّبع كيفية الإفاضة.

و لو كان هذا محطّ النزاع فالبحث عنه لغو فى زماننا.

و أمّا إذا كـان محطّ النزاع هو القاضـى المأذون فى عصـر الغيبـة و إن شـئت قلت: المنصوب العام فإن لم تكن هناك دولـة إسـلامية يرأسـها الفقيه، فلا موضوع للنصب حتّى يتحـدّد بالاسـتقلال أو التشـريك إنّما الكلام إذا كانت دولـة إسـلامية و صار التنفيـذ محـدّداً بـالنصب لأجل حفظ النظام، و عـدم تسرّب الفوضـى إلى المجتمع، فيقع الكلام فى جواز هـذا التحديـد و هو فرع جواز تضـييق دائرة ولايـة القاضـى و اسـتقلاله و المفروض أنّ للقاضـى فى عصـر الغيبـة الولايـة التامّـة و ليس للفقيه الرئيس تحديـد الولاية و أمّا حديث النصب فهو شـرط النفاذ، لا الولايـة، و إلّا فله الولايـة نُصب أم لا و معه كيف يمكن له أن تحـدّد ولايـة القاضـى و اسـتقلاله و يشترط الاتّفاق و هذا هو المهم فى المسألة.

نعم لو اقتضت المصلحة فله أن يحكم عليهما حكماً حكومياً على أن لا يصدر إلّا عن الاتّفاق، و الإمساك عند الاختلاف فى الرأى، و لو لم يكن هناك حكم بالإمساك، و اختلفا فى الرأى و الحكم فإذا كانت الشبهة موضوعية يتساقطان و يرجع إلى ثالث يعيّنه المدّعى و إن كانت حكميـة فيؤخـذ بقضاء الأعلم كما لا يخفى و هذا يستفاد من رواية ابن حنظلة «۱» و داود بن الحصين ۲ و غيرهما كما لا يخفى.

و بذلك يعلم حال الصورتين الأخيرتين فى المنصوب الخاص و العام، و المحاولة الأخيرة تجرى فيهما أيضاً، فالتحديد لا بدّ أن يكون قيـداً للتنفيـذ، لا للولايـة، و أن يكون هناك حكم حكوميّ لإمساك المخالف عن إصدار الحكم. فلو تحقّق الموضوع من الأكثرية أو النصاب الخاص ينفذ و إلّا فلا. و لو صدر الحكم المخالف، يكون المرجّح فى الشبهة الحكمية هو الأفقهية الواردة فى الروايات، و إن كانت موضوعية يتساقطان فيرجع إلى قاض آخر.

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹، من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱، ۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۷۵

المسألة الثامنة: فى انعزال القاضى و عزله

قد تعرّفت فيما مضـى على الشـرائط المعتبرة فى عقد القضاء، ابتداءً، فيعتبر فيه العقل و البلوغ و العدالة، و الاجتهاد و الضـبط العادى، و لو افترضـنا أنّه افتقـد فى الأثناء بعض هـذه الشـرائط كما إذا جنّ أو فسق أو زال الاجتهاد و الضـبط، يُعزل عن القضاء من غير فرق بين القاضـى المنصوب و المـأذون لأنّ المتبادر من الأدلّـة كونها معتبرة ابتـداءً و اسـتدامة، لقبـح تسـليط المجنون و الفاسق و من لا يصـلح للقضاء على النفوس و الأعراض و الأموال، و بعبارة أُخرى: مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى كونها شروطاً مطلقة.

و على ضوء ذلـك لو حكم لم ينفـذ واقعـاً و لو جهـل حـاله و حكم، يكون نافـذاً ظاهراً و لو بان الخلاف يكشف عن بطلانه من أوّل الأمر.

هذا من غير فرق بين القاضى المنصوب و القاضى المأذون، لأنّها شرائط واقعية على وجه لولاها، لما عقد له القضاء.

و لو افترضـنا عود الوصف الزائـل، كما لو صار عادلًا، أو ضابطاً يحتمل الفرق بين المنصوب، و المأذون، لأنّ الثانى بعـد عود الوصـف يـدخل تحت العمومـات الواردة فى المقبولـة و غيره، بخلاـف المنصوب ففيما لو توقّف النفاذ على النصب، كما فى زمان الحضور مع بسط اليد، أو الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية، فعود الوصف و إن كان يلازم عود الولاية، لكن المفروض، اشتراط النصب فى النفاذ فلا ينفذ حكمه إلّا بعد النصب الجديد. هذا ما بنينا عليه فى الدورة السابقة.

و لكن يمكن أن يقـال: إنّ أسـاس القضـاء هو الولايـة و المفروض عودها و هـذا كما إذا قال الإمام: صلّ خلف العادل، و افترضـنا أنّ عادلًا فسق ثمّ تاب فيدخل التائب تحت قوله: «صلّ خلف العادل» و لا يضرّ عدم انطباقه عليه فى الأثناء فلو

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۶

كان لدليل النصب عموماً أزمانياً يُتمسّك به إلّا فيما دلّ الدليل على خروجه.

فهل ينعزل بمجرّد العزل أو بعد بلوغ الخبر، تظهر الثمرة فى صحّة الأحكام الصادرة بين العزل و البلوغ، قال فى المسالك: فيه قولان أظهرهما الثانى لمعظم الضرر فى ردّ أقضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

و السيرة الرائجة بين العقلاء هو العزل بعد بلوغ الخبر، و هو المتّبع ما لم يردع عنه الشارع و هو الظاهر من سيرة الإمام على عليه السلام كما فى كتابه إلى أبى موسى الأشعرى عند ما كان عامله على الكوفة و بلغه عنه تثبيطه الناس عن الخروج إليه لمّا ندبهم لحرب الجمل و هو: «من عبد الله، على أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس. أمّا بعد: فقد بلغنى عنك قول هو لك و عليك فإذا قدم رسولى عليك، فارفع ذيلك، و اشدد مئزرك، و اخرج من جُحْرك». «۱»

المسألة التاسعة: فى انعزال القضاة بموت الإمام

اشارة

إذا مات الإمام فهل ينعزل القضاة المنصوبون به أو لا؟ فيه خلاف و الكلام يقع تارة فى الإمام المعصوم و أُخرى فى الحاكم الإسلامى الأعلى.

و إليك بعض الكلمات:

۱- قال المحقّق: إذا مات الإمام عليه السلام، قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع. و قال فى المبسوط: لا ينعزلون لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً، فلا تزول بموته عليه السلام، و الأوّل أشبه. «۲»

قال ابن سعيد: و إذا مات الإمام انعزل النائبون عنه. «۳»

و قال العلّامة فى القواعد: و لو مات إمام الأصل فالأقرب انعزال القضاة. «۴»

---

(۱) نهج البلاغة، قسم الكتب، برقم ۶۳.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۱.

(۳) ابن سعيد الحلى: جامع الشرائع ۵۴۰.

(۴) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۲۱، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۷

و قال أيضاً فى الإرشاد: و ينعزل بموت الإمام و المنوب. «۱»

و القول المشهور عند الفقهاء هو الانعزال و ما نقله المحقّق عن الشيخ فى المبسوط، لم نعثر عليه فى كتاب القضاء منه و قد نقل العاملى الانعزال عن النافع، و التحرير، و الدروس، و المسالك، و المجمع و حتّى عن الشيخ فى المبسوط.

و مع ذلك يظهر من المسالك وجود قولين بين الفقهاء قال: اختلف كلام الشيخ و غيره من الفقهاء فيما لو مات إمام الأصل هل ينعزل القضاة أم لا؟ فقيل: ينعزلون مطلقاً، لأنّهم نوّابه و ولايتهم فرع على ولايته، فإذا زال الأصل تبعه الفرع، و قيل: لا ينعزلون، لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً فيستصحب و لما يترتّب على الانعزال من الضرر العام اللاحق بالخلق بخلوّ البلدان عن الحكّام إلى أن يتجدّد للإمام اللاحق نوّاب فيعطّل المصالح. و الأظهر هو الأوّل.

و قد یقدح هذا فی ولایة الفقیه حال الغیبة و أنّ الإمام جعله قاضیاً و حاکماً فیجری فی حکمه ذلک الخلاف إلّا أنّ الأصحاب مطبقون على استمرار تلک التولیة فإنّها لیست کالتولیة الخاصّة بل على حکم بمضمون ذلک فإعلامه بکونه من أهل الولایة على ذلک، کإعلامه بکون العدل مقبول الشهادة وذی الید مقبول الخبر و غیر ذلک و فیه بحث. «۲»

إنّ القائل بالانعزال یتمسّک بفرعیة ولایته على إمامة الأصل الذی مات. و القائل بعدمه یتمسّک باستصحاب الولایة أوّلًا، و لما یترتّب على الانعزال من تعطیل المصالح ثانیاً و الظاهر أنّ القولین مبنیان على أمر آخر و هو أنّ المنشأ هو النیابة أو إعطاء المنصب کما سیظهر.

و لعلّ نظر الشهید من قوله: «و فیه بحث» إلى ما یلی:

۱- لا فرق بین التولیة الخاصّة و التولیة العامّة فإن کان المنشأ هو النیابة

---

(۱) إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۹.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۹۴.

فیکون أشبه بالوکالة، تبطل بموت الموکّل، و إن کان إعطاء المنصب و إضفاء المقام، فلا ینعزل مطلقاً، خاصّاً کان أو عامّاً.

۲- وجود الفرق الواضح بین الإعلام بکون العدل مقبول الشهادة وذی الید مقبول القول و بین النصب للقضاء، فإنّ الأوّل من قبیل الإخبار عن واقع محفوظ خارج کلامه علیه السلام فلا یتحدّد بحیاة المخبر و بین الإنشاء فإذا کان بصورة النیابة یکون مقیّداً بحیاة المنوب عنه.

۳- و ما ذکره من أنّه قد یقدح فی ولایة الفقیه حال الغیبة غیر قادح مطلقاً بل القدح یختصّ بصورة واحدة لا بکلتا الصورتین.

و یظهر من الجواهر: الفرق بین استمداد الإمام مشروعیّة مقامه من الناس و بین کونه منصوباً من الله سبحانه فالانعزال یناسب الأوّل دون الثانی لأنّ أئمّتنا أولیاؤنا أحیاءً و أمواتاً، نعم إنّما ینعزل نوّابهم علیهم السَّلام بالموت حیث تکون التولیة منهم مقیّدة بذلک و لو بظاهر الحال لانقطاع ولایتهم بالموت، فإذا کانت من أحدهم على الاستدامة صریحاً أو ظاهراً فلا إشکال فی عدم الانعزال. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ الظاهر عدم الفرق بین من أخذ مشروعیّة مقامه من الناس أو من الله، فالمتقمّص بالإمامة من جانب الشعب له الاستنابة، و له إعطاء المنصب و الولایة، فالقیادة العامّة تُسوّغ کلا الأمرین و الأوّل منهما یُتقوّم بحیاته دون الآخر.

انّ تخصیص النزاع بالقضاة دون سائر الموظّفین عسکریین کانوا أم مدنیین بلا وجه فمقتضى الاستنابة، انعزال الجمیع، و هو یورث الفوضى فی المجتمع بل یورث ما لا تحمد عاقبته. کلّ ذلک یدلّنا على أنّ المنشأ هو الولایة و إعطاء المنصب و هذا أیضاً هو المستفاد من جعل الأئمّة، الفقهاءَ حکّاماً ممّا مضى من الروایات

---

(۱) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۶۵.

خصوصاً من الإمعان فی التوقیع الرفیع الصادر عن صاحب الأمر لشیعته حیث قال: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فیها إلى رواة أحادیثنا فإنّهم حجّتی و أنا حجّة الله». «۱»

ثمّ إنّ اللازم ترکیز النزاع بعصر الغیبة و عندئذ لو لم یکن هنا دولة إسلامیة فلا موضوع للبحث و الفقهاء فیه قضاة مأذونون من جانب الإمام الحیّ عجّل الله تعالى فرجه الشریف و أمّا إذا کان هناک دولة إسلامیة یرأسها فقیه جامع للشرائط فقد عرفت أنّ النصب شرط النفاذ، و إیصاد باب الفوضى فإذا مات الفقیه فلا ینعزل القضاة لأنّ ولایتهم مقتبسة عن الإمام المعصوم لاعن الفقیه القائد، غایة الأمر

النفاذ بالقوة القاهرة، فرع الاعتراف بقیادته.

فی موت القاضی المنصوب

ما سبق کان فی موت الإمام الناصب، بقی الکلام فی موت القاضی المنصوب فیقع البحث تارة فی نوّابه فی شغل خاص، و أُخری فی الخلیفة عنه فی القضاء علی وجه الإطلاق.

أمّا الأوّل فظاهر الأمر أنّه من قبیل الاستنابة کما إذا عیّن رجلًا لبیع مال علی میّت أو غائب أو سماع بیّنة فی حادثة معیّنة، و لا معنی لإعطاء الولایة فی حادثة معیّنة لشخص.

و یقرب منه: تعیین المتولّی للوقف الذی لا- متولّی له و القیّم للیتیم الذی لا ولی له، فإنّ الظاهر أنّه من قبیل الإذن فی التصرّف القائم نفوذه بحیاة الآذن. حیث إنّه لا یمکن للفقیه المباشرة، فیُنیب الغیر مکانه.

قال الشهید: و فی المنصوبین فی شئون عامة کقوام الأیتام و الوقوف وجهان ناشئان من الوجهین فی نوّاب الإمام من حیث التبعیة و من ترتّب الضرر لولایتهم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۸۰

إلی أن تتجدّد الولایة. «۱»

أقول: الظاهر هو الوجه الأوّل، و لا- یترتّب أیّ ضرر إذ لو لم یتمکّن من الرجوع إلی الفقیه، یرجع إلی عدول المؤمنین و أقصی ما یترتّب عند عدم التمکّن منهم کون تصرّفاتهم فضولیة إذا کانت مقرونة بالمصلحة، فتنفذ بتنفیذ الفقیه الآخر بعد التمکّن منه.

و أمّا الخلیفة عنه فی القضاء فالمفروض علی أُصولنا أنّه مجتهد مثل المنوب عنه، قاض مثله، غیر أنّ حفظ النظم دعاهما إلی الترتّب و بما أنّ استنابته کان باذن من الإمام، لا یضر موت النائب و المفروض ثبوت الولایة له أیضاً، نعم نفوذ رأیه ظاهراً یتوقف علی الاعتراف به رسمیّاً.

المسألة العاشرة: فی تولیة من لم یستکمل شرائط القضاء

إنّ شرائط القضاء علی قسمین: قسم یعدّ مقوّماً له بحیث لولاه لما انعقد القضاء کالعقل و القدرة و البلوغ من الشرائط لعامّة التکالیف، و قسم یعدّ کمالًا للقضاء و شروطاً شرعیّة ففی حقّه یقول المحقق:

إذا اقتضت المصلحة تولیة من لم یستکمل الشرائط، انعقدت ولایته مراعاة للمصلحة فی نظر الإمام کما اتّفق لبعض القضاة فی زمان علی علیه السلام و ربّما منع من ذلک فإنّه علیه السلام لم یکن یفوض إلی من یستقضیه و لا یرتضیه بل یشارکه فیما ینفذه فیکون هو الحاکم فی الواقعة لا المنصوب. «۲»

و المراد هنا من غیر المستکمل للشرائط من کان مقلِّداً لا مجتهداً، فاسقاً لا عادلًا، و بما أنّا أشبعنا الکلام حول الأمرین عند البحث عن شرائط القضاء فلا نعود إلیه، و نعطف عنان الکلام إلی المسألة الآتیة.

---

(۱) زین الدین، المسالک: ۲/ ۲۹۵.

(۲) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۷۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۸۱

المسألة الحادیة عشرة: کلّ من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه

اشارة

هنا مسألتان: احداهما: إنّ هنا طوائف لا تقبل شهادتهم علی المشهود علیهم و إن کانوا عدولًا، کالولد علی الوالد، و العبد علی مولاه، و الخصم علی خصمه، علی وجه لا توجب الخصومةُ فسق الشاهد.

نعم تقبل شهادة الولد لوالده و الوالد علی ولده و له، و الأخ لأخیه و علیه، و قد بحث فیه المحقّق فی کتاب الشهادة:

قال حول شهادة الولد علی الوالد: النسب و إن قرب لا یمنع قبول الشهادة کالأب لولده و علیه، و الولد لوالده و الأخ لأخیه و علیه. و فی قبول شهادة الولد علی والده خلاف.

و قال حول شهادة المملوک قیل: لا تقبل شهادة المملوک أصلًا، و قیل: تقبل مطلقاً و قیل: تقبل إلّا علی مولاه.

و قال حول شهادة الخصم: العداوة الدینیة لا تمنع القبول فإنّ المسلم تقبل شهادته علی الکافر. و أمّا الدنیویة فإنّها تمنع. «۱»

و بما أنّ التصدیق الفقهی فی هذه الفروع یتوقّف علی دراسة أدلّتها، و هی مطروحة فی کتاب الشهادة فنتخذ عدم القبول أصلًا موضوعیاً فیها و نبحث فی الملازمة بین عدم قبول الشهادة و عدم قبول القضاء فنقول:

و إلیک الکلمات:

۱- قال المحقّق: کل من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه کالولد علی الوالد، و العبد علی مولاه، و الخصم علی خصمه. «۲»

---

(۱) لاحظ الشرائع: ۴/ ۱۳۱۱۲۹، کتاب الشهادة.

(۲) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۷۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۸۲

۲ و قال العلّامة فی القواعد: و کلّ من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه کالولد علی والده .... «۱»

۳- و قال فی الإرشاد: و لا ینفذ حکم من لا تقبل شهادته کالولد علی والده .... «۲»

أقول:

استدل علی الملازمة بوجوه:

۱- القضاء شهادة و زیادة

قال ثانی الشهیدین: الحکم من شخص علی آخر، شهادة له علیه و زیادة فیشترط فی نفوذه ما یشترط فی نفوذ الشهادة من الطرفین و أحدهما ... لکنّه قدَّس سرَّه منع الحکم فی الأصل، أی عدم قبول شهادته فرتّب علیه قبول حکمه له و علیه کغیره. «۳»

و قال المحقّق الأردبیلی فی شرح قول العلّامة فی الإرشاد: أی لا یُمضی حکم من لا تقبل شهادته علی شخص، علیه کشهادته کحکم الولد علی والده فإنّ المشهور بل ادّعی الإجماع علی عدم قبول شهادة الولد علی الوالد فلا یجوز حکمه علیه إذ الحکم شهادة و زیادة.

ثمّ أورد علیه بقوله: فیه تأمل إذ سیجیء أن لا إجماع و لا دلیل علی ذلک بل الدلیل علی خلافه و قد تمنع الأولویة علی تقدیر وجود الدلیل علی منع الشهادة فقط و القیاس ممنوع فیجوز الحکم عملًا بعموم الأدلّة. «۴»

أقول: لا شکّ أنّ الإطلاقات هو المحکّم فما لم یکن هناک دلیل صالح علی منع الحکم فیؤخذ بإطلاق قوله: «فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً» «۵» و أمّا الاستدلال

---

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۳، قسم المتن.

(۲) ارشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۹.

(۳) المسالک: ۲/ ۳۹۵.

(۴) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۲۲۲۱.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

فیوضح ببیانین:

أ: إنّ القضاء حکم یتضمّن الشهادة، فإذا کانت شهادته غیر نافذة یکون قضاؤه کذلک.

یرد علیه أنّ القضاء لیس شهادة، و إنّما القاضی یصدر عن الشهادة من دون تصدیق لها قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الایمان و بعضکم ألحن بحجّته من بعض». «۱»

ب: انّ العرف یَفهم حکمَ القضاء من حکم الشهادة، و أنّ ما هو السبب لمنع نفوذ شهادته، فهو موجود أیضاً فی القضاء حرفاً بحرف و هذا استدلال مقبول و لا یرد علیه ما ذکره المحقّق الأردبیلی: «من منع الأولویة علی تقدیر وجود الدلیل علی منع الشهادة، و القیاس ممنوع» و ذلک لأنّ أساس الاستدلال لیس القیاس و لا القسم الأولوی منه، بل فهم العرف من الدلیل، عدم اختصاص الحکم بمورد الدلیل.

۲- القضاء علیه خلاف المعروف

إنّ القضاء علی الوالد، یخالف قوله سبحانه: (وَ إِنْ جاهَداکَ عَلی أَنْ تُشْرِکَ بِی ما لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُما وَ صاحِبْهُما فِی الدُّنْیا مَعْرُوفاً) (لقمان/ ۱۵).

یلاحظ علیه: أنّ القضاء بالحقّ لیس علی خلاف المعروف و لیس المعروف إلّا الموافق للشرع و إن أبیت إلّا عن کونه موافقاً لما علیه العقلاء، فنمنع کون الإجهار بالحقّ فی المحکمة، علی خلاف سلوکهم بل یعدّ خدمة له، لأنّه یخلصه عمّا علیه من الحقّ و من تبعاته، کیف لا یکون کذلک و قد قال سبحانه: (وَ إِذا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی وَ بِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُوا ذلِکُمْ وَصّاکُمْ بِهِ لَعَلَّکُمْ تَذَکَّرُونَ) (الأنعام/ ۱۵۲).

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

۳- القضاء علیه عقوق:

إنّ القضاء علیه عقوق لأنّه إظهار لکذب الوالد و هو محرّم. «۱»

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنّه إذا كان عقوقاً يجب أن لا يمضـى حكمه على والـده مع أنّه جائز بالاتّفاق بأنّ الإيـذاء إذا كان بحقّ لا يعدّ عقوقاً، فلو تأذّى الوالد من أداء الواجبات، فلا يعدُّ من العقوق المحرّم يقول سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ) (النساء/ ١٣٥). و مثله ليس بعقوق إمّا موضوعاً أو حكماً.

و على ضوء الدليل الأوّل المرضـىّ عندنا لا فرق بين قضاء الولد على الوالد، أو قضاء الخصم على خصـمه، و إن كان حاكماً فى عصر الغيبـة أو قضاء المملوك على مالكه، إذ المفروض ثبوت الحكم فى الأصل، و المناسـبة الموجودة بين الموضوع و الحكم فى الأصـل تقتضـى سـريانه إلى القضـاء و يكون حاكمـاً على قوله: «فـإنّى جعلته عليكم حاكمـاً» أو: «فـإنّهم حجّتى عليكم»، «و الرادّ عليهم كالرّاد علينا» «٢» بمعنى تضييق دائرة الدليل و حجّيته.

تكميل

إنّ من لا- تقبـل شـهادته لا يختصّ بالثلاثـة، بل يعمّ من يجرّ بالشـهادة إلى نفسه نفعاً أو يـدفع ضـرراً تجمعهما التهمـة كما فى شـهادة الشـريك للشـريك فيمـا هو شـريك فيه، و صـاحب الـدين للمحجور عليه، فمن، لا- تقبـل شـهادته فيه، لا- يقبل قضاؤه لنفس الـدليل المذكور فى الصورة المتقدّمة و قد استدل على عدم جواز شهادة غير الثلاثة بروايات:

أ: موثقة سماعة: قال سألته عمّا يردّ من الشهود قال: «المريب، و الخصم،

---

(١) الدليلان نقلهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامة عن العلّامة، لاحظ: ١٠/ ١۴.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١، ٩، ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨۵

و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير و العبد و التابع، و المتّهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم». «١»

ب: ما رواه الصـدوق بسـنده المـذكور فى المشـيخة عن فضالـة بن أيوب عن أبان قال: سـئل أبو عبـد الله عن شـريكين شـهد أحدهما لصاحبه قال: تجوز شـهادته إلّا فى شىء له فيه نصيب. «٢» إلى غير ذلك من الروايات التى يجمعها غالباً جرّ النفع أو دفع الضـرر. و قد عرفت وجود الملازمة العرفية بين المنع عن الشهادة و المنع عن نفوذ القضاء و على ذلك فهناك فروع تترتّب على ذلك الأصل يظهر من المشايخ عدم نفوذ رأى القاضى فيها، و لا يخلو بعضها من إشكال و إليك الفروع:

١- إذا كـان للحـاكم منازعـة مع غيره لا- ينفـذ حكمه لنفسه على ذلك الغير و لو بأن يوكّل غيره فى المرافعـة معه فيترافعا إليه بل يلزم الرجوع إلى حاكم آخر ... و هـذا لا غبار عليه، لانصـراف أدلّة قضاء الفقيه عن هذه الصورة و لأنّ ظاهره جرّ النفع إلى نفسه و إن كان يحتمل أن يكون حقّاً و قد عنونه المحقّق فى محلّه فلاحظ. «٣»

٢- إذا نقـل حقّه إلى غيره، جـاز أن يرجع الغير مع الخصم إليه، و إن انتقـل إلى القاضـى بعـد ذلـك بإقالـة و نحوهـا و ذهب السـيّد الطباطبـائى إلى الجواز قال: «حتى و لو نقل إلى الغير بشـرط الخيار لنفسه فى الفسـخ» «۴» لعدم كون القاضـى طرفاً للنّزاع فلا انصراف للأدلّة و لعدم صدق جرّ النفع بشـرط أن يكون الانتقال جدّياً، لا من باب الحيل الشـرعية حتى يقع ذريعة للترافع لديه. و مع ذلك ففى النظر فيه

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣ و لاحظ الحديث ٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣، و سند الصدوق إلى فضالة فى «الفقيه» صحيح، و فضالة بن أيوب

ثقة، و أبان بن عثمان ممن أجمعت العصابة على تصديقه، و لما حقّقنا فى محلّه من بطلان اتّهامه بالناووسية.

(۳) نجم الدين الحلى الشرائع: ۴/ ۸۳ و لاحظ الجواهر: ۴۰/ ۱۵۸.

(۴) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۶

مجال، لأنّه متّهم فى قضائه إذ لو قضـى لصالح المدّعى يلزم عليه ردّ الثمن على من باعه منه، و لو قضى لصالح المنكر (المشترى) فقد دفع به ذلك المغرم عن نفسه فيحتمل أن يكون من مصاديق قوله فى موثقـة سـماعة: «و دافع مغرم» كما مرّ فالأولى رفع الشـكوى إلى قاض آخر.

۳- إذا كان للحاكم شـركة مع غيره فى مال و وقع النزاع فيه بينهما و بين غيرهما نفذ حكمه فى حصّة شريكه لا فى حصّة نفسه مثلًا إذا تنـازع أخوه مع غيره فى مـال مشترك بينه و بين أخيه فى طرف الإرث و ترافعـا إليه فحكم لأخيه نفـذ فى حصّـة أخيه، و لا ينفـذ فى حصّة نفسه لأنّه يصبح طرف النزاع و يجرّ به نفعاً.

و هل يشارك القاضـى مع الغير فى تلك الحصّة التى قضى له؟ ربّما يقال: بالفرق بين ما إذا قسّمها الأخ بينه و بين القاضى قبل القضاء إذ حينئذ يشارك معه فى تلك الحصّة لإقراره بالشـركة، و ما إذا لم يقسّـمها فلا يشارك معه فلأخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها. هذا ما ذكره السيّد الطباطبائى. «۱»

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الاعتراف بالشـركة قبل الإفراز نافعاً فليكن نافعاً فى صورة عـدم الإفراز و على ما ذكره فى صورة الإفراز، و ما ذكرناه فى صورة الإشاعة يكون مرجع النزاع لبّاً إلى أنّ نصف النصف المفروز أو المشاع ماله فلا يكون نافذاً.

نعم إذا كـانت الـدعوى ديناً فلا يشاركه بعـد القبض لأنّ المحكوم عليه يغرم له بما أنّه سـهمه و المحكوم يقبض بما أنّه سـهمه و هـذا كما إذا تنازع جماعـة مشاركون فى عين أو دين مع غيرهم فأقاموا شاهـداً واحداً و حلف بعضـهم دون بعض فإنّه تثبت حصّة الحالف، دون غيره و لا يشاركه من لم يحلف فى حصّته.

۴- إذا كان القاضـى وليّاً خاصاً للمـدّعى عليه كالأُبوة و الجـدودة و الوصايـة، فاختار صاحب الجواهر عـدم قبول شـهادته للمولّى عليه لأنّها تجرّ نفعاً إليهم

---

(۱) ملحقات العروة: ۲/ ۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۷

و قوّى عدم نفوذ قضائه حيث قال: «أمّا إذا كان الأب حاكماً مثلًا أو الوصىّ كذلك ففى قبول حكمه له نظر أقواه العدم». «۱»

يلاحـظ عليه: أنّ الشـهادة فى جميع الموارد تجرّ نفعـاً إلى المشـهود له، و المانع هو جرّ النفع إلى نفسه لا إلى المشـهود له و إن كانت بينهما وشـيجة كالقرابـة و على ذلك فلا مانع من قبول شـهادته و قضائه و المراد من المتّهم فى روايـة سـماعة هو المتّهم فى دينه كما ورد التفسير به فى رواية الصدوق فى معانى الأخبار «۲» و لو نوقش فى سندها و فسِّر بمعنى آخر (غير مـا ذكرنا) فهو لا يصـدق على القاضـى العـادل و إن قضـى فى حقّ أولاـده. و القـدر المتيقّن من عـدم نفوذ قضـائه فيما إذا كان النزاع فى أنّ المال الفلانى له أو لا و بعبـارة أُخرى أن يكون هو طرف النزاع واقعـاً من غير فرق بين كون طرف النزاع فى الظاهر هو نفسه أو وكيله. و أمّا إذا كان النزاع فى مال غيره فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه.

نعم فى تصدّيه للدفاع عن المولّى عليه شـبهة وحدة المدّعى و القاضى فله أن يدفع الشبهة بتوكيل شخص يكون هو طرف المرافعة، لا القاضى نفسه، و يحكم و يجوز حكمه. و مع ذلك يجوز له القضاء مباشرة لوجود حيثيتين مختلفتين فى القاضى فبما أنّه ولىّ أو وصىّ فهو مدّع، و بما أنّه فقيه جامع للشرائط قاض. و فى الحقيقة المدّعون الواقعيّون، هم الأيتام و القصّر، و القاضى ينوب عنهم و يتكلّم عن

لسانهم و هذا غير كون المدّعى و القاضى واحداً حقيقة نعم التوكيل أحسن و أحوط و أقرب إلى سلوك العقلاء.

أضف إلى ذلك وجود النصّ على نفوذ شهادة الوصىّ فيجوز قضاؤه. «۳»

و ممن تنبّه بذلك السيّد الطباطبائى قدّس سرّه فإنّه بعد أن منع فى المسألة ۱۳ نفوذ

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۷۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۸.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۸

قضاء الحاكم إذا كان له منازعة مع غيره كأنّه حاول الاستدراك لما ذكره فقال فى المسألة ۱۶: إنّ جميع ما ذكرنا فى هذه المسائل إنّما هو بناء على الإطلاق المدّعى على عدم نفوذ حكم الحاكم فى حقّ نفسه أو تمامية انصراف أخبار نفوذ حكم الحاكم إلى غير صورة رجوع الحكم إلى نفسه لكن القدر المتيقن من الإجماع أو الانصراف ما إذا كان هو الطرف للمنازعة أو كان الطرف وكيله مع كون النزاع فى أنّ الشىء الفلانى ماله أو لا و أمّا إذا كان النزاع فى مال غيره و لو كان هو الولى له بالولاية الخاصة أو كان الطرف شريكه، أو كان النزاع مع غيره و إن كان الحقّ راجعاً إليه فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه. «۱»

۵- و بما ذكر يعلم الفرق بين ما إذا كان النزاع مع شريك القاضى و بين كونه شريك المولّى عليه، ففى الأوّل لا ينفذ و إن وكّل الغير، لما مرّ من أنّ القاضى يصير مآلًا طرف النزاع، بخلاف الثانى، لانطباق ما ذكرنا من الميزان على الأوّل دون الآخر. «۲»

۶- كما تظهر الحال فيما إذا كان الطرف غيره بحسب عنوان المنازعة و إن كان المال راجعاً إليه كما إذا نذر شخص داره له أو أوصى بها له، و حصل منازع مع ذلك الشخص فترافعا إليه فى ذلك الدار فلا مانع عن نفوذ حكمه له. إذ ليس النزاع فى أنّ الشىء الفلانى ماله أو لا، خصوصاً إذا لم يكن حال الحكم عالماً بأنّ تلك الدار له من طرف النذر أو الوصية.

۷- إذا كان وليّاً عامّاً للأيتام و المجانين و الغيّب و الفقراء بالنسبة إلى الخمس و الزكاة و الوقف إذا كان النزاع فى ثبوتها و عدمها فتظهر الحال ممّا سبق إذ ليس النزاع فى أنّ المال ماله بل النزاع فى أنّ لهؤلاء حقّاً أو لا فلا وجه لعدم النفوذ و كونه وليّاً لهم لا يكون سبباً للمنع.

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۸.

(۲) خلافاً للسيّد الطباطبائى حيث سوّى بينهما فى الحكم مع وضوح الفرق.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۹

قال العلّامة فى التحرير: و لو تولّى وصىّ اليتيم القضاء فهل يقضى له فيه نظر: ينشأ من كونه خصماً فى حقّه، كما فى حقّ نفسه و من أنّ كل قاض ولىّ الأيتام» «۱» و قال فى الجواهر: «لا إشكال فى عدم منع مثل ذلك الحكم لعدم اختصاص الولاية له، و كذا شهادة الفقير أو حكومته بأنّ فى مال زيد الزكاة مثلًا بل و كذا الكلام فى مصرف الوقف من العلماء و العدول و نحوهم فإنّ ذلك و نحوه لا يمنع الحكومة و لا الشهادة لعموم أدلّة القبول. «۲»

و الحاصل: أنّ الذى عليه العقلاء هو أنّه إذا كان الإنسان بشخصه مدّعياً و قاضياً فهذا ما لا يخضع عليه العقلاء، بل يرجعون الواقعة إلى فرد ثالث لأنّهم يتّهمون القاضى بالتأثر عن الإنانيّة عن لا وعى، و هذا بخلاف ما إذا كان مدّعياً نيابة بشخصيته، و قاضياً بشخصه كما فى موارد الولاية العامّة و الخاصّة و الوصاية، ففى مثله يخضع العقلاء على قضائه و على ضوء هذا يتّضح حكم كثير ممّا ذكرنا من الصور أو جميعها، فلاحظ.

فتلخّص من دراسـة الصور السـبع أنّ الميزان هو أنّه إذا كـان طرف النزاع فعلًا كمـا فى الصورة الأولى و الثالثـة، أو كان فى مظنّـة دفع مغرم عن نفسه، كما فى الصورة الثانية فلا يصلح للقضاء، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

***

(۱) العلّامة الحلّى، التحرير، كتاب القضاء ۱۸۱.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۷۲.

النظر الثانى فى آداب القاضى

اشارة

و فيه مسائل:

الأولى: عمل القاضى بعلمه

اشارة

هل يجوز للإمام أن يقضى بعلمه، و إذا جاز له القضاء بعلمه، فهل يجوز للفقيه القاضى أن يعمل بعلمه أو لا؟ و ربّما يتصوّر أنّ البحث عن الجهـة الأُولى لغوٌ لا ثمرة فيه، و ليس كـذلك؛ إذ ربّما يقع البحث فيها ذريعـةً لاسـتكشاف الحال فى الجهـة الثانيـة، إذ لو لـم يجز للإمـام، فلا يجوز للقاضـى بوجه أولى كما أنّه إذا جاز له العمل، يكون مقتضـياً لثبوت الحكم فيه، و إن لم يكن سـبباً تامّاً لاحتمال أن يكون العمل من خصائصهم عليهم السَّلام.

و قد عبّر المحقّق الرشتى عن المسألة ب «هل يكون علم القاضى بيّنةً للقضاء»؟

و لعلّ التعبير عن «علم القاضـى» بالبيّنة مشـعرٌ بأنّ النزاع فى الجواز مختصٌّ بالشـبهات الموضوعية، و أمّا الشبهات الحكمية فلا ريب أنّه يعمل بعلمه و اجتهاده لا بعلم الغير و اجتهاده لكونه مخطِّئاً له.

إذا عرفت هذا

فلإيضاح المقام نقدّم أُموراً:

* الأمر الأوّل: فى نقل كلمات الأصحاب فى المسألة:

اشارة

۱- قال ابن الجنيـد فى كتاب الأحمـدى: «و يحكم الحاكم فيما كان من حدود الله عزّ و جلّ و لا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلّا بالإقرار و البيّنة فيكون ما علمه

من حقوق الناس شاهداً عند مَن فوقه و شهادته كشهادة الرجل الواحد، سواء كان ما علمه من ذلك كلّه فى حال ولايته أو قبلها». «۱»

و الظاهر ممّا نقل عنه المرتضـی أنّه کان یمنع العمل بالعلم مطلقاً من غیر فرق بین حقوق اللّه و حقوق الناس، قال المرتضـی: احتجّ ابن الجنید بأنّ فی الحکم بعلمه تزکیة نفسه و لأنّه إذا حکم بعلمه فقد عرض نفسه للتهمهٔ و سوء الظن به.

و یظهر من دلیله أیضاً أنّه قائلٌ بالمنع مطلقاً قال: وجدت اللّه تعالی قد أوجب للمؤمنین فیما بینهم حقوقاً، أبطلها فیما بینهم و بین الکفّار و المرتدّین کالمواریث و المناکحهٔ و أکل الذبائح و وجدنا أنّه قد اطلع رسوله علی من یُبطِن، کأن یبطن الکفر و یظهر الإسلام و کان یعلمه و لم یبیّن صلّی اللّه علیه و آله و سلّم أحوالهم لجمیع المؤمنین فیمتنعوا من مناکحتهم و أکل ذبائحهم. «۲»

و علی کلّ تقدیر فهو إمّا من المفصِّلین أو من المانعین علی وجه الإطلاق.

۲- قال المرتضی: ممّا ظنّ انفراد الإمامیهٔ و أهل الظاهر فی القول بأنّ للإمام و الحکّام من قبله، أن یحکموا بعلمهم فی جمیع الحقوق و الحدود من غیر استثناء و سواء علم الحاکم ما علمه و هو حاکم أو علمه قبل ذلک ... ثمّ نقل تفصیل مذاهب الجمهور إلی أن قال: لا خلاف بین الإمامیهٔ فی هذه المسألهٔ و قد تقدّم إجماعُهم ابنَ الجنید و تأخّر عنه و إنّما عول ابن الجنید علی ضرب من الرأی و الاجتهاد. ۳

۳- قال الشیخ فی الخلاف: للحاکم أن یحکم بعلمه فی جمیع الأحکام من الأموال و الحدود و القصاص و غیر ذلک سواء کان من حقوق اللّه تعالی أو من

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۹۸ و یظهر منه أنّ کتاب الأحمدی کان موجوداً فی عصره. إذ هذه العبارة لیس لها أثر فی الانتصار للسیّد المرتضی و لا فی مختلف الشیعهٔ للعلّامهٔ و إنّما الموجود فیهما غیرها کما سیوافیک.

(۲) ۲ و ۳ المرتضی، الانتصار: ۷۰. راجع مفتاح الکرامهٔ: ۱۰/ ۳۷۳۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۹۲

حقوق الآدمیین، فالحکم فیه سواء، و لا فرق بین أن یعلم ذلک بعد التولیهٔ فی موضع ولایته أو قبل التولیهٔ، أو بعدها قبل عزله فی غیر موضع ولایته، الباب واحد. «۱»

۴- و قال فی المبسوط: و الذی یقتضیه مذهبنا و روایاتنا أنّ للإمام أن یحکم بعلمه و أمّا من عداه من الحکّام فالأظهر أنّ لهم أن یحکموا بعلمهم و قد روی فی بعضها أنّه لیس له أن یحکم بعلمه لما فیه من التهمهٔ. «۲»

و قال أیضاً: «قال قوم یقضی بعلمه، و قال آخرون: لا یقضی، و عندنا أنّ الحاکم إذا کان مأموناً قضی بعلمه و إن لم یکن کذلک لم یحکم به». «۳»

و قال أیضاً: «و أمّا إقامته بعلمه فقد ثبت عندنا أنّ للحاکم أن یحکم بعلمه فیما عدا الحدود و فی أصحابنا من قال: و کذلک فی الحدود». ۴

و علی ضوء هذا فللشیخ أقوالٌ ثلاثهٔ:

أ الجواز مطلقاً.

ب الجواز إذا کان مأموناً.

ج التفصیل بین الحدود و غیرها فیجوز فی الثانی. و لعلّ مراده من کونه مأموناً، أی بریئاً من التهمهٔ.

۵- و فی النهایهٔ فصّل فی الحدود بین حقوق الناس و حقوق اللّه فیجوز فی الأوّل دون الثانی. ۵

۶- و قال أبو الصلاح الحلبی: و إن أنکر فکان عالماً بصدق المدّعی أو

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب القضاء، المسألهٔ ۴۱. و لعلّ تقدیر العبارهٔ هکذا: یعلم ذلک قبل التولیهٔ أو بعدها فی موضع ولایته و

بعد التولیة فی غیر موضع ولایته.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۶۶، و ما أشار إلیه من الروایة لیست موجود فی مصادرنا کما صرح فی مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۳۷.

(۳) ۳ و ۴ المبسوط: ۸/ ۱۲۱ و ۱۲.

(۴) ۵ النهایة: ۶۹۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۹۳

المدّعی علیه علی کلّ حال و فی تلک القضیة حکم بعلمه و لم یحتج إلی بیّنة و لا یمین علی صحّة دعوی و لا إنکار، إلّا أن تقوم بیّنةً تمنع من استمرار العلم فیحکم بمقتضاه. «۱»

۷- قال ابن البرّاج: «و إذا ترافع خصمان إلی الحاکم فادّعی أحدهما علی الآخر حقّاً فأنکر و علم الحاکم صدق المدّعی فیما طالبه، مثل أن یکون ما علیه، یعلمه الحاکم أو قصاص أو ما أشبه ذلک، کان له أن یحکم بعلمه، ثمّ نقل عن المخالفین بأنّهم یعیبوننا بالقول بعلم القاضی بعلمه، مع أنّهم یجوزونه فی موارد ثلاثة:

أ أن یحکم فی الجرح بعلمه و أن تهدی البیّنة علی عدالة الشاهد.

ب إذا طلّق زوجته بحضرته ثلاثاً ثمّ جحد الطلاق کان القول قوله مع یمینه فیعمل بعلمه.

ج إذا عتق الرجل عبده بحضرته ثمّ جحد، و لا یعتمد بیمین المنکر». «۲»

۸- و قال ابن حمزة: «و یجوز للحاکم المأمون الحکم بعلمه فی حقوق الناس و للإمام فی جمیع الحقوق». «۳»

۹- قال ابن إدریس: عندنا للحاکم أن یقضی بعلمه فی جمیع الأشیاء؛ لأنّه لو لم یقض بعلمه أفضی إلی إیقاف الأحکام أو فسق الحکّام، لأنّه إذا طلّق الرجل زوجته بحضرته ثلاثاً ثمّ جحد الطلاق کان القول قوله مع یمینه فإن حکم بغیر علمه و هو استحلاف الزوج و تسلیمها إلیه فَسَقَ و إن لم یحکم وقف الحکم و هکذا إذا أعتق الرجل عبده بحضرته ثمّ جحد و إذا غصب من رجل ماله ثمّ جحد یفضی إلی ما قلناه.

الحقوق ضربان: حقّ للآدمیین، و حق الله فإن ادّعی حقّاً لآدمی کالقصاص

---

(۱) أبو الصلاح، الکافی: ۴۴۵.

(۲) ابن البراج، المهذب: ۲/ ۵۸۷۵۸۶.

(۳) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۱۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۹۴

و حدّ القذف، و المال فاعترف به أو قامت به البیّنة لم یجز للحاکم أن یعرض له بالرجوع عنه، و الجحود؛ لأنّه لا ینفعه ذلک، لأنّه إذا ثبت باعترافه، لم یسقط برجوعه و إن کان قد ثبت بالبیّنة لم یسقط عنه بجحوده.

و إن کان حقّاً لله کحدّ الزنا و الشرب فإن کان ثبوته عند الحاکم بالبیّنة لم یَعْرض له بالرجوع لأنّ الرجوع لا ینفعه، و إن کان ثبوته باعترافه جاز للحاکم أن یعرض له بالرجوع لکنّه لا یصرّح بذلک؛ لأنّ فیه تلقین الکذب و إنّما قلنا بجوازه لأنّ ماعزاً لما اعترف قال له النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم: لعلّک قبّلتها، لعلّک لمستها. «۱»

۱۰ و قال المحقّق: «الإمام یقضی بعلمه مطلقاً، و غیره من القضاة یقضی بعلمه فی حقوق الناس و فی حقوق الله تعالی علی قولین أصحّهما القضاء». «۲»

۱- ۱ و قال ابن سعید: «و الحاکم یحکم بعلمه فی عدالة الشاهد و جرحه فلا خلاف و فی حقوق الناس و حقوق الله فی الأظهر». «۳»

۲- ۱ و قال العلّامة فی القواعد: «الإمام یقضی بعلمه مطلقاً، و غیره یقضی به فی حقوق الناس و کذا فی حقّه تعالی علی الأصح». «۴»

۳- ۱ قال الشهید الثانی: ظاهر الأصحاب الاتّفاق علی أنّ الإمام یحکم بعلمه مطلقاً لعصمته المانعة من تطرّق التهمة و علمه المانع من الخلاف، و الخلاف فی غیره من الحکّام فالأظهر بینهم أنّه یحکم أیضاً بعلمه مطلقاً، و قیل: لا یجوز مطلقاً، و قال ابن إدریس: یجوز فی حقوق الناس من دون حقوق اللّه و عکس ابن الجنید فی کتابه الأحمدی إلی أن قال: و أصحّ الأقوال جواز قضاء الحاکم مطلقاً بعلمه مطلقاً لأنّ العلم أقوی من الشاهدین اللّذین لا یفید قولهما عند الحاکم إلّا مجرّد الظن إن کان فیکون القضاء به ثابتاً بطریق

---

(۱) ابن إدریس الحلی، السرائر: ۲/ ۱۷۹.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۸۸۸۶، قسم المتن.

(۳) الجامع للشرائع: ۵۲۹.

(۴) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۳۶۳۵، قسم المتن.

أولی. «۱»

۴- ۱ اختار السید الأُستاذ قدّس سرّه فی التحریر جواز عمل القاضی بالعلم فی المجالین: حقوق الله و حقوق الناس مثل عمله إذا قامت البیّنة أو أقرّ الخصم، غیر أنّ عمله فی حقوق الناس یتوقّف علی المطالبة حدّاً کان أو تعزیراً «۲» و لکنّ القید لیس تفصیلًا فی المسألة؛ إذ المطالبة هو الشرط مطلقاً فی حقّ الناس سواء ثبت بالعلم أو بالبیّنة و الإقرار، فما لا یطالب صاحب الحقّ لا یحکم به القاضی.

فهذا أربعة عشر نصّاً من الأصحاب یعرّف موقف الأصحاب من المسألة و یحصل من الإمعان فیها أنّ الأقوال عندهم تناهی ستة:

۱- القول بالمنع، کما عن ابن الجنید.

۲- الجواز مطلقاً، کما علیه الأکثر.

۳- یجوز فی حقوق الناس دون حقوق الله.

۴- عکس الثالث و هو خیرة ابن الجنید فی الأحمدی حسب ما عرفت.

۵- الفرق بین کون القاضی مأموناً و عدمه فیقضی فی الأوّل دون الثانی.

۶- الفرق بین الحدود و غیرها فلا یقضی فی الأوّل بعلمه و هو خیرة الشیخ فی موضع من المبسوط و هو غیر القول الثالث؛ لأنّه یفرق بین حقّ الناس و حقّ الله، فیقضی فی الأوّل دون الثانی و هذا یفرق بین الحدود و إن کان حقّ الناس و غیرها و علی هذا لا یعمل بعلمه فی القصاص و حدّ القذف؛ لأنّهما و إن کانا من حقوق الناس، لأنّهما من الحدود.

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۹۸. ما نسبه إلی ابن إدریس لا ینطبق علی ما نقلناه عن السرائر فلاحظ.

(۲) الإمام الخمینی: التحریر: ۲/ ۴۰۸.

کلمات فقهاء أهل السنّة

اشارة

و أمّا أهل السنّة فقد نقل المرتضی أقوالهم فی الانتصار، و الشیخ فی الخلاف و نحن ننقلها عن الخلاف و المغنی.

قال الشیخ فی الخلاف: للشافعی فیه قولان فی حقوق الآدمیین: أحدهما مثل ما قلناه و به قال أبو یوسف و اختاره المزنی و علیه نصّ فی الأُم و فی الرسالة و اختاره و قال الربیع: مذهب الشافعی أنّ القاضی یقضی بعلمه و إنّما توقّف فیه لفساد القضاة.

و القول الثانی لا یقضـی بعلمه بحال و به قال فی التابعین: شـریح و الشعبی. و فی الفقهاء مالک و الأوزاعی، و ابن أبی لیلی و أحمد و إسحاق ... و عن مالک و ابن أبی لیلی، قال: لو اعترف المدّعی علیه بالحقّ لم یقض القاضی علیه حتی یشهد عنده شاهدان.

و أمّا حقوق الله تعـالی فإنّها تبنی علی قولین: فإذا قال لا یقضـی بعلمه فی حقوق الآدمیین فبأن لا یقضـی به فی حقوق الله أولی. و إذا قال یقضی بعلمه فی حقوق الآدمیین ففی حقوق الله علی قولین.

و لا فصل علی القولین بین أن یعلم ذلک بعد التولیهٔ فی موضع ولایته أو قبل التولیهٔ، أو بعد التولیهٔ فی موضع ولایته.

و قال أبو حنیفـهٔ و محمّـد: إن علم بـذلک بعـد التولیـهٔ ففی موضع ولایته حکم و إن علم به قبل التولیـهٔ أو بعـد التولیهٔ فی غیر موضـع ولایته لم یقض به. هذا فی حقوق الآدمیین، أمّا فی حقوق الله تعالی فلا یقضی عندهم بعلمه بحال. «۱»

و قال ابن قدامهٔ: ظاهر المذهب أنّ الحاکم لا یحکم بعلمه فی حدّ و لا فی غیره

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألهٔ ۴۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۷

لا فیما علمه قبل الولایهٔ، و لا بعدها و هذا قول شـریح، و الشعبی، و مالک و إسحاق و أبی عبید، و محمّد بن الحسن، و هو أحد قولی الشافعی.

و عن أحمد روایهٔ أُخری یجوز له ذلک و هو قول أبی یوسف و أبی ثور و القول الثانی للشافعی و اختیار المزنی.

و قال أبو حنیفـهٔ: ما کان من حقوق الله لا یحکم فیه بعلمه لأنّ حقوق الله تعالی مبنیـهٌ علی المساهلـهٔ و المسامحهٔ و أمّا حقوق الآدمیین فیمـا علمه قبل ولایته لم یحکم به، و ما علمه فی ولایته حکم به، لأنّ ما علمه قبل ولایته بمنزلـهٔ ما سـمعه من الشـهود قبل ولایته، و ما علمه فی ولایته بمنزلهٔ ما سـمعه من الشـهود فی ولایته إلی أن قال: و لأنّ تجویز القضاء بعلمه یفضـی إلی تهمته و الحکم بما اشتهی و یحیله إلی علمه. «۱»

حاصل أقوالهم

إنّ المشهور فی حقوق الآدمیین هو عدم الجواز إلّا علی أحد القولین للشافعی، و به قال یوسف و المزنی.

و أمّا فی حقوق الله، فمن قال لا یجوز فی الآدمیین یقول به فیها و أمّا من یجوِّز فیها فله قولان فیها و لا یفصل أحـد منهم بین العلم قبل التولیهٔ و بعدها، أو بین موضع تولیته و غیره إلّا أبا حنیفهٔ کما عرفت.

***

* الأمر الثانی: ما هو المراد من الجواز؟

المراد من الجواز فی عنوان المسألـهٔ هو الجواز الوضـعی، لاـ التکلیفی بمعنی جواز العمـل و ترکه، ضـرورهٔ أنّه إذا تمّت الحجّـهٔ بالعلم یجب العمل و إقامهٔ القسط

---

(۱) ابن قدامهٔ، المغنی: ۱۰/ ۱۴۱۱۴۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۸

و العدل، و الحکم بالحقّ، و إلّا حرم العمل.

***

* الأمر الثالث: فى العلم المأخوذ فى الموضوع

إنّ القضـاء يتوقّف على العلم و القضـاء بـدونه حرام و هـل العلم فيه طريقى محض، أو موضوعى؟ الظـاهر هو الثـانى، بشـهادة قوله: «و رجل قضـى بالحقّ و هو لا يعلم فهو فى النار» و لو كان العلم المعتبر فيه طريقياً محضاً لما صـحّ إيعاد النار عليه فى هـذه الصورة لكونه أصاب الواقع و لما انحصرت النجاة بآخر الأقسام أعنى: «رجل قضى بالحقّ و هو يعلم فهو فى الجنة». «۱»

و ليس المراد من العلم منه هو العلم بـالحقّ، علمـاً منطقيـاً، (الاعتقـاد الجازم) بشـهادة أنّ من يحكم بالبيّنات و الايمان، لا علم له بواقع الحقّ، بـل المراد هـو قيـام الحجّ‌ة على الحقّ، فقـد أخـذ علـم القاضـى على وجـه الإجمـال موضوعـاً لوجوب الاتبـاع و النفـوذ على المتخاصمين فعند ذلك يجب الفحص عن خصوصية ذلك العلم النافذ على الغير.

توضـيح الحـال: إنّ علم الإنسـان بالنسبة إلى نفس العالم، يلاحظ غالباً إلّا ما شـذّ طريقاً إلى الواقع، فيجب اتّباع العلم من غير فرق بين أسـبابه، فلو حصل العلم بالموضوع أو الحكم من أىّ طريق كان، يجب الأخـذ به إلّا إذا ردع الشارع عنه فعندئـذ يرجع إلى التشـكيك فى مبادئه، و أمّا علم الإنسان بالنسبة إلى غيره فهو موضوع للزوم اتّباعه كعلم المفتى بالحكم الشرعى، و علم الشاهد بما يشهد، و علم القاضـى بمـا يقضـى. فقـد اتّخـذ العلم فى تلـك الموارد، موضوعـاً للزوم اتّبـاع الغير و نفوذه فى حقّه و عندئـذ يجب الفحص عن حدّ الموضوع، فهل المأخوذ فى الموضوع

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴، من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۹۹

مطلق العلم أو العلم الخاص منه فلو كان إطلاق يؤخذ به و إلّا يؤخذ بالقدر المتيقّن منه و الظاهر من الروايات هو تحديد علم القاضـى بالبيّنات و الايمان فالعمل بغيرهما يحتاج إلى دليل خاص.

قال رسول الله صـلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الايمان و بعضكم ألحن بحجّته من بعض فأيّما رجل قطعتُ له من مال أخيه شيئاً، فإنّما قطعتُ له به قطعة من النار». «۱»

و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية من أئمّة الهدى». «۲»

فـإن قلت: سـلّمنا إنّ العلم مـأخوذ موضوعـاً فى نفوذ رأى القضـاء لكنّه مـأخوذ فيه على نحو الطريقيـة، لا على نحو الوصـفية و السـببيّة فعندئذ كما هو شامل للحجج الشرعية من البيّنات و الأقارير، فهكذا شاملٌ للعلم الوجدانى للقاضى أخذاً بالملاك.

قلت: لا يصـحّ القول بأنّ تمام الملاك هو الطريقيـة و ذلك لظهور أدلّة باب القضاء هو كون القاضـى إنساناً محايـداً غير متحيّز لأحد الطرفين و هو لاـ يتحقّق فى نظر العرف إلّا إذا عمـل بمـا اتّفق المترافعـان عليه و هو البيّنـة و الإقرار، لاـ ما إذا عمل بعلمه فإن عمله به يخرجه عن الحيادة.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشـكال فى كلام المحقّق الرشتى، قال قدَّس سـرَّه: القضاء سـلطنة إلزام شـرعى للشـخص على ما لا يقتضيه تكليفه سواء كان القضاء بمقتضـى العلم أو بمقتضـى البيّنة و الأصل عدم الإلزام فى الحكم الوضـعى التكليفى، و هذا هو المراد ممّا ذكرنا فى الالتقاط المتقدّم من كون العلم فى مسألة القضاء موضوعاً قابلًا للإثبات و النفى، و الأصل عدم الإلزام فى الحكم الوضعى التكليفى فى مقام

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) المصدر نفسه، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۰۰

الحجّیة.

لکن إذا فرض وجوب القضاء لا محالة فلا معنی لعدم اعتبار العلم و لا لاعتبار سائر الموازین فی مقابله، مثلًا إذا علم القاضی بحقیّة الدعوی فالإعراض عن مقتضی العلم و الرجوع إلی الیمین لا معنی له، أو علم مثلًا أنّ قاتل زید هو عمرو، و أقیمت البیّنة علی کونه خالداً فإنّ الحکم بالقصاص من خالد و عدم الحکم بالقصاص من عمرو مع العلم بأنّ خالداً لیس بقاتل یوجب التخصیص فی أدلّة الأحکام الواقعیة، مع أنّ القاضی أمر بالقضاء حسب الحقّ الواقعی. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ ما ذکره فی تفسیر القضاء ممّا لا غبار علیه إنّما الکلام فی غیره فإنّه قَبِلَ أنّ علم القاضی أخذ موضوعاً للحجّیة، فعندئذ یجب أن یلاحظ الدلیل الدالّ علیه فهل المأخوذ مطلق العلم و الحجّة، سواء أ کان علماً منطقیاً أو بیّنةً أو إقراراً، أو العلم الخاص أعنی: الأخیرین (البیّنة و الإقرار) و ما لم یکن هنا دلیل شارح للموضوع من إطلاق أو غیره لا یمکن الحکم. و لیس العلم الوجدانی، المصداق المتیقّن منه.

و کون القضاء واجباً لا ینتج لزوم العمل بالعلم، و ذلک لأنّ وجوبه لیس علی وجه الإطلاق بل مشروط بتواجد أسبابه و أدواته و من المحتمل أن تکون أسبابه، منحصرةً فی البیّنات و الایمان.

و أمّا حکم التعارض بین العلم الوجدانی و قیام البیّنة فعلیه الامتناع من القضاء، لا تقدیم علمه علی البیّنة؛ إذ العلم و إن کان أقوی فی نظره، و لکن البیّنة أقوی فی نظر الأخیرین من علمه فترفع الشکوی إلی قاض آخر، یحکم هو حسب الموازین القضائیة الممکنة المتیسّرة.

أضف إلی ذلک انّ القضاء من الأُمور ذات الإضافة، له إضافة إلی من

---

(۱) الرشتی، القضاء ۱/ ۱۰۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۰۱

یقضی، و من یقضی له، و من یقضی علیه فله کالمثلث أضلاع ثلاثة، و هو غیر متحقق فی القضاء، بالعلم فی حقوق الله سبحانه، لاتّحاد القاضی و المدعی (من یقضی له) فیها، فتنفیذه فیها یحتاج إلی دلیل خاص هذا هو مقتضی القاعدة.

فقد تلخّص ممّا ذکرنا أنّه لو لا الدلیل علی نفوذ علم القاضی فی المتخاصمین، لما جاز الحکم به. ثمّ إنّه ربّما یتوهم أنّ مقتضی الأدلّة العامّة فی القضاء و غیره هو جواز الحکم بالعلم، فهذا ما نذکره فی البحث الآتی و نبرهن، أنّه لا دلالة لها علی الجواز، و لا بدّ من التماس دلیل خاص.

***

إذا عرفت ذلک فاعلم أنّ الأدلّة علی أقسام ثلاثة:

اشارة

الأوّل: ما یصلح للاستدلال به علی جواز العمل به مطلقاً من غیر فرق بین حقوق الله و حقوق الناس.

الثانی: ما یصلح للاستدلال به علیه فی خصوص حقوق الله.

الثالث: ما یصلح للاستدلال به علیه فی خصوص حقوق الناس.

فلنبدأ بالأوّل:

المقام الأوّل: فیما یصلح للاستدلال به علی جواز العمل فی کلا الحقوقین

اشارة

استدلّوا فی هذا الحقل بأُمور:

۱- ما استدلّ به الشیخ فی الخلاف علی المسألة بقوله تعالی: (یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ۲۶). و قال تعالی لنبیّه: (وَ إِنْ حَکَمْتَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِالْقِسْطِ) (المائدة/ ۴۲). و من حکم بعلمه

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۰۲

فقد حکم بالعدل و الحقّ «۱» و نقله فی الجواهر و أضاف فی موضع آخر و قال: مضافاً إلی تحقّق الحکم المعلّق علی عنوان قد فرض العلم بحصوله کقوله تعالی: (وَ السّارِقُ وَ السّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَیْدِیَهُما) (المائدة/ ۳۸)، و (الزّانِیَةُ وَ الزّانِی فَاجْلِدُوا کُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ) (النور/ ۲) و الخطاب للحکّام فإذا علموا تحقّق الوصف وجب علیهم العمل فإنّ السارق و الزانی من تلبّس بهذا الوصف لا مَن أقرّ به أو أقامت علیه البیّنة و إذا ثبت ذلک فی الحدود ففی غیره أولی. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الطائفة الأُولی بصدد بیان صفات الحکم و أنّه یجب أن یکون حقّاً، عدلًا، قسطاً، لا ضدّها، و من أراد أن یحکم یجب أن یحکم بها، و أمّا ما هی الأداة التی بها یمیّز الحقّ عن الباطل، و القسط عن الجور، فلیس بصدد بیانه حتی یؤخذ بإطلاقها.

و أمّا الطائفة الثانیة: فما أفاده صاحب الجواهر حولها من أنّ الموضوع نفس من تلبّس بالمبدإ، و هو محقق فإنّما ینفع فی عمل نفسه، لا- فی نفوذه فی حقّ الغیر، فلو علم بنجاسة إناء أو زوجیّة امرأة، فعلمه دلیل علی نفسه لا- علی الغیر، ما لم ینطبق علیه عنوان الحجج المعتبرة فی الشرع.

۲- ثمّ إنّه ربّما یتمسّک بأنّه مقتضی وجوب الأمر بالمعروف و إنکار المنکر، و لزوم إظهار الحقّ و نظائره.

یلاحظ علیه: بأنّه إن أُرید من الأمر و الإظهار، و الإنکار ما یؤدّی باللسان، فهو تامٌّ و ربما یرجع المدّعی أو المنکر عن باطلهما و له أن یشهد علی الواقع، لو أرجع الواقعة إلی قاض آخر. و إن أُرید منه تنفیذ حکمه فی المورد، فهو و إن کان من شئون القاضی لکن الشکّ فی کون العلم من طرق الحکم و الفصل بین المتخاصمین أو لا و معه، لا یصحّ التمسّک بتلک الأدلّة فی المورد.

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۴۱.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۸۸۸۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۰۳

ثمّ إنّ صاحب الجواهر قد نبّه ببعض ما ذکرنا فی آخر کلامه عند الردّ علی صاحب الانتصار فی نقده لنظریة ابن الجنید حیث قال: و لکن الإنصاف أنّه (کلام ابن الجنید) لیس بتلک المکانة من الضعف. ضرورة أنّ البحث فی أنّ العلم من طرق الحکم و الفصل بین المتخاصمین و لو من غیر المعصوم فی جمیع الحقوق أولا، و لیس فی شیء من الأدلّة المذکورة عدا الإجماع منها دلالة علی ذلک و الأمر بالمعروف و وجوب إیصال الحقّ إلی مستحقّه بل کون العلم حجّةً علی من حصل له، یترتّب علیه سائر التکالیف الشرعیّة، لا یقتضی کونه من طرق الحکم بل أقصی ذلک ما عرفت و أنّه لا یجوز له الحکم بخلاف حکمه بل لعلّ أصالة عدم ترتّب آثار الحکم

علیه یقتضی عدمه.

۳- ما استدلّ به الشیخ فی الخلاف حیث قال: «القطع و الیقین أولی من غالب الظنّ أ لا تری أنّ العمل بالخبر المتواتر أولی من العمل بالخبر الواحد». «۱» و قال فی الجواهر: «العلم أقوی من البیّنة المعلوم إرادة الکشف منها». «۲»

یلاحظ علیه: أنّه إنّما ینفع فی حقّ العالم، حیث إنّ علمه طریق محض إلی الواقع، فالعلم فی نفسه أولی من البیّنة و أمّا إذا کان موضوعاً بالنسبة إلی الغیر، فیجب عندئذ اتّباع الدلیل فبما أنّه لیس هنا إطلاقٌ، یدلّ علی موضوعیّة مطلق العلم، فلا یصحّ الاستناد بادّعاء الأولویة؛ إذ من المحتمل أن یکون الموضوع للنفوذ، ما اتّفق علیه العقلاء فی باب القضاء، أو اتّفق المترافعان علی حجّیته، أعنی: البیّنة.

۴- ما استدلّ به الشیخ و ابن ادریس، و هو أنّه إذا لم یقض علی وفق العلم لزم إمّا فسق الحاکم، أو إیقاف الحکم؛ لأنّه إذا طلّق زوجته بحضرته ثمّ جحد فإن قضی بعلمه فهو، و إلّا فإن استحلف الزوج و حلف هو و أرجعها إلیه، لزم الفسق

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۲۲.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۸۸.

و إن لم یقض لزم الإیقاف. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ هنا طریقاً رابعاً، و هو إرجاع الواقعة إلی قاض آخر، لیس له ذلک العلم.

۵- ما رواه الصدوق بإسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام، قال: جاء أعرابیّ إلی النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فادّعی علیه سبعین درهماً ثمن ناقة باعها منه، فقال: قد أوفیتک، فقال: اجعل بینی و بینک رجلًا یحکم بیننا، فأقبل رجلٌ من قریش فقال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: احکم بیننا، فقال للأعرابی: ما تدّعی علی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ فقال: سبعین درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول یا رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ فقال: قد أوفیته، فقال للأعرابی: ما تقول؟ فقال: لم یوفنی، فقال لرسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أ لک بیّنة أنّک قد أوفیتَه؟ قال: لا، فقال للأعرابی: أ تحلف أنّک لم تستوف حقّک و تأخذه؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: لأتحاکمنّ مع هذا إلی رجل یحکم بیننا بحکم الله.

فأتی علیّ بن أبی طالب علیه السلام و معه الأعرابی، فقال علیّ علیه السلام: ما لک یا رسول الله؟ قال: یا أبا الحسن احکم بینی و بین هذا الأعرابی فقال علیّ علیه السلام: یا أعرابی ما تدّعی علی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ قال: سبعین درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول یا رسول الله؟ قال: قد أوفیته ثمنها، فقال: یا أعرابی أصدق رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فیما قال، قال الأعرابیُّ: لا! ما أوفانی شیئاً، فأخرج علیّ علیه السلام سیفه فضرب عنقه، فقال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: لم فعلتَ یا علیّ ذلک؟ فقال: یا رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم نحن نصدّقک علی أمر الله و نهیه و علی أمر الجنّة و النار و الثّواب و العقاب و وحی الله عزّ و جلّ، و لا نصدّقک علی ثمن ناقة الأعرابی، و إنّی قتلته لأنّه کذَّبک لمّا قلتُ له: اصدق رسول الله فقال: لاما أوفانی شیئاً، فقال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أصبتَ یا علیّ، فلا تعد إلی مثلها، ثمّ التفت إلی القرشی و کان قد تبعه فقال: هذا حکم الله لاما حکمت به. «۲»

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۲۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۸، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

وجه الدلالة أنّ مقتضی القضاء بالبیّنات و الایمان هو ما قضی به القرشی و لکن الإمام علیه السلام لما علم بصدق النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم انتقل إلی کذبه و أنّه مکذِّبٌ، و من المعلوم أنّ مکذّب النبیّ مرتدٌّ خارج عن الدین فیجوز قتله، کل هذا یعطی أنّ الإمام له القضاء وفق علمه.

قال فی الجواهر: و لوجوب تصدیق الإمام فی کلّ ما یقوله و کفر مکذّبه و لذا قتل أمیر المؤمنین علیه السلام خصم النبی لمّا تخاصما إلیه فی الناقة و ثمنها و هو یقتضی وجوب الخروج من حقّ یخبر به الإمام و هو یقتضی وجوب إخبار الإمام به و إلّا لأدّی إلی ضیاع الحقّ. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ سند الصدوق بالنسبة إلی أقضیة علی و إن کان صحیحاً فی الفقیه «۲» لکن المتن، یشمل علی أُمور شاذّة عن القواعد. أمّا أوّلًا: فلأنّ الظاهر أنّ الأعرابی کان یکذب النبی الأکرم صلّی الله علیه و آله و سلّم، و مثله فی عصر الرسول یکون مرتدّاً ملّیاً، لأنّ طبع الحال یقتضی أنّه کان مشرکاً ثمّ اعتنق الإسلام فارتداده یستلزم الاستنابة ثلاثة أیّام ثمّ یقتل، فلما ذا قتله علی علیه السلام، بلا استنابة، فهل الاستمهال من خصائص غیر هذا النوع من الارتداد؟ أو أنّ للإمام الاستعجال فی إجراء الحدّ؟!

و ثانیاً: إذا کان قضاء علی علیه السلام حقّاً و قد حکم بحکم الله فلما ذا نهاه النبی عن العود بمثل هذا و قال: فلا تعد إلی مثلها، ثمّ التفت إلی القرشی و کان قد تبعه و قال: «هذا حکم الله لاما حکمت به».

و ثالثاً: فلو أخذنا بمضمونه یختصّ بالعلم الحاصل من قول المعصوم و أین هذا من العمل بکلّ علم حصل من أیّ مصدر، و ثبوت الحکم فی الأقوی لا یکون دلیلًا علی ثبوته فی الأضعف.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۷۷.

(۲) لاحظ الفقیه: ج ۴، ص ۸۵ قسم المشیخة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۰۶

و رابعاً: أنّه یدلّ علی أنّ الإمام یعمل بعلمه فی الحدود، لا أنّه یقضی به إلّا أن یدّعی الملازمة بین العمل و القضاء به.

۶- ما رواه الکلینی بسند صحیح عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال: دخل الحکم بن عتیبة و سلمة بن کهیل علی أبی جعفر علیه السلام فسألاه عن شاهد و یمین فقال: «قضی به رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم، و قضی به علیّ علیه السلام عندکم بالکوفة»، فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: «و أین وجدتموه خلاف القرآن؟» قالا: إنّ الله یقول (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) «۱» فقال: قول الله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) هو لا تقبلوا شهادة واحد و یمیناً؟».

ثمّ قال: «إنّ علیّاً علیه السلام کان قاعداً فی مسجد الکوفة، فمرّ به عبد الله بن قفل التمیمیّ و معه درع طلحة، فقال علیّ علیه السلام: هذه درع طلحة اخِذَتْ غلولًا یوم البصرة، فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بینی و بینک قاضیک الّذی رضیته للمسلمین، فجعل بینه و بینه شریحاً، فقال علیّ علیه السلام: هذه درع طلحة اخذتْ غلولًا یوم البصرة، فقال له شریح: هات علی ما تقول بیّنة، فأتاه بالحسن فشهد أنّها درع طلحة اخذت غلولًا یوم البصرة، فقال شریح: هذا شاهد واحد و لا أقضی بشهادة شاهد حتّی یکون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلولًا یوم البصرة، فقال شریح: هذا مملوکٌ و لا أقضی بشهادة مملوک، قال: فغضب علیّ علیه السلام و قال: خذها فإنّ هذا قضی بجور ثلاث مرّات، قال: فتحوّل شریح و قال: لا أقضی بین اثنین حتّی تخبرنی من أین قضیت بجور ثلاث مرّات؟ فقال له: ویلک أو ویحک. إنّی لمّا أخبرتک أنّها درع طلحة أخذت غلولًا یوم البصرة فقلت: هات علی ما تقول بیّنة، و قد قال رسول الله: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بیّنة، فقلتُ: رجل لم یسمع الحدیث فهذه واحدة، ثمّ أتیتک بالحسن فشهد فقلت: هذا واحدٌ و لا أقضی بشهادة واحد حتّی یکون معه آخر، و قد قضی

(۱) الطلاق: ۲.

رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بشهادة واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثمّ أتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلولًا يوم البصرة فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلًا، ثمّ قال: ويلك أو ويحك إنّ إمام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا». «۱»

وجه الاستدلال هو قوله: «إنّ امام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا».

يلاحظ عليه: أنّ السند و إن كان صحيحاً، لكن المتن مشتمل على أُمور شاذّة لا مناص من توجيهها.

أمّا أوّلًا: فلأنّ علم الإمام إذا كان نافذاً فی حقّ المحكوم عليه، فلما ذا لميتمسّك الإمام به فی هذا الأمر و رضى بالمحاكمة و كان عليه أن يقول له، ما قاله لشريح فی آخر الواقعة؟!

و ثانياً: أنّ الإمام اعترض على شريح لمّا قال: «و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر» بأنّ رسول الله قضى بشهادة واحد و يمين و لكن الاعتراض إنّما يتوجّه، لو نفى شريح القضاء بشهادة و يمين، مع أنّه لم يحدِّث عنه أبداً و إنّما حدث عن الشاهد الواحد و أنّه لا يقضى به، و ليس على القاضى أن يُعلِّم الخصم بأنّ له اليمين مكان الشاهد الآخر، و قد ذكروا فی باب آداب القضاء أنّه لا يجوز للقاضى تلقين الخصم بالحجّة.

و ثالثاً: أنّه لو أخذنا به يكون العلم المصون من الخطأ موضوعاً لجواز العمل به و الحكم على وفقه و أين هو من علم غير المعصوم الخاطئ كثيراً و إن لم يكن القاضى متوجّهاً إلى خطئه عند القضاء.

و رابعاً: أنّه يدلّ على أنّ الإمام يعمل بعلمه و أمّا أنّه يقضى به فلا إلّا أن يدّعى الملازمة بين العمل، و القضاء. كما مرّ.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

۷ ما روى عن خزيمة بن ثابت بسند غير نقى و إن كان المضمون معروفاً: إنّ النبىّ اشترى فرساً من أعرابى فأنكر الأعرابى بيعه و قال: هلمّ من يشهد و لم يشهد أحد شرائه فشهد خزيمة و أمضى رسول الله شهادته و أقامها مقام اثنين فلقّب بذى الشهادتين. «۱»

يلاحظ عليه: أوّلًا: مضافاً إلى ما عرفت من أنّ السند غير نقىّ، أنّه يدلّ على جواز الشهادة، على الموضوع إذا سمعه من المعصوم، و لا دليل على الملازمة بين جواز الشهادة و جواز القضاء.

و ثانياً: لو أخذ بمضمونه فهو يدلّ على جواز القضاء بالعلم بالموضوع لأجل إخبار المعصوم و أين هو من جواز العمل بمطلق العلم الحاصل من القرائن و ضمّ الشواهد.

إلفات نظر

إنّ الرواية الخامسة و السابعة و إن وردتا فی حقوق الناس، و السادسة و إن وردت فی حقوق الله، لكن سياق كلّ رواية على نمط يستفاد منه العموم، و لأجل ذلك جئنا بها فی ذلك الفصل، و لم ندرجها فی الفصلين التاليين.

مثلًا: جاء فی الرواية الخامسة، أنّ الإمام ضربه بسيفه معتذراً بأنّه يصدّق رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على أمره و نهيه و كيف لا ـ يصدّق على ثمن الأعرابى. فلو كان الملاك للعمل ذلك التعليل فلا يختلف فيه الحقوقان إذ كيف يختلف بعد كون المصدر هو كلام رسول الله. صلّى الله عليه و آله و سلّم.

و هكذا جاء فی الرواية السادسة قول الإمام: إنّ إمام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا. و عليه تكون النتيجة هى

العموم من غير فرق بين الحقوقين.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳، ملخّصاً.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۰۹

و مثله الرواية السابعة حيث أمضى رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم شهادة خزيمة مكان الشهادتين و ذلك لأنّ مصدر شهادة خزيمة هو خبر النبىّ الأكرم المعصوم، فلو كان الملاك للشهادة هو ذلك، فلا يفرّق بين الحقوقين.

و هذا هو السرّ فى ذكر هذه الروايات فى هذا الحقل.

***

المقام الثانى: فى ما استدل به على جواز العمل فى خصوص حقوق الله

اشارة

استدلّوا فى هذا الحقل بأحاديث نأتى بها واحداً تلو الآخر:

الأوّل: ما رواه الكلينى عن الحسين بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنى أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ و لا يحتاج إلى بيّنة مع نظره؛ لأنّه أمين الله فى خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق أن يزبره و ينهاه و يَمضى و يَدعه» قلت: و كيف ذلك؟ قال: «لأنّ الحقّ إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس». «۱»

و الاحتجاج به مشكل سنداً لاشتماله على محمّد بن أحمد بن حمّاد المحمودى الذى عدّه الشيخ من أصحاب الإمام الهادى و لكن لم يرد فيه توثيق، كما أنّه لم يرد فى الحسين بن خالد أيضاً سواء أ كان المراد منه هو الصيرفى الذى عدّ من أصحاب الكاظم و الرضا عليهما السَّلام أو الحسين بن خالد بن طهمان الذى يعبّر عنه بالخفاف و عدّ من أصحاب الصادق عليه السلام نعم حاول العلّامة المامقانى إثبات وثاقته من هنا و هناك فلاحظ. «۲»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۳.

(۲) عبد الله المامقانى: التنقيح ۱/ ۲۲۷۲۲۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۰

و أمّا المضمون، فقد فصّل بين حقوق الله و حقوق الناس و أنّ الإمام بما أنّه أمين الله فى أرضه فهو يعمل بعلمه فى الأُولى، و يقيم الحدّ على الزانى و شارب الخمر، دون السارق لأنّه من حقوق الناس.

و لكنّه لا يخلو من إشكال لأنّه عدّ حدّ السرقة من حقوق الناس مع أنّه فرق واضح بين حدّ القذف فإنّه من حقوق الناس، و بين حدّ السرقة، فإنّ ردّ ما سُرِق فهو من حقوق الناس، و أمّا القطع فهو من حقوق الله.

و يدلّ على ما ذكرنا: ما رواه الشيخ بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن أبى أيوب عن الفضيل فى حديث و جاء فيه: إذا أقرّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه أنّه شرب خمراً حدّه، فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه بالزنا و هو غير محصن فهذا من حقوق الله، قال: و أمّا حقوق المسلمين فإذا أقرّ على نفسه بفرية لم يحدّه حتّى يحضر صاحب الفرية أو وليّه .... «۱» و لو فرضنا أنّ الروايتين متعارضين فالأخذ بالصحيحة متعين لا بما لم يثبت سنده.

نعم، يظهر من ابن ادريس الحلّى أنّ حدّ السرقة حقٌّ ممزوج من حقوق الله و حقوق الناس حيث قال: فأمّا الحقّ الذى لله و يتعلّق به حقّ

الآدمی فلا یطالب به أیضاً و لا یستوفیه إلّا بعد المطالبة من الآدمی و هو حدّ السارق فمتی لم یرفعه إلیه و یطالب بماله لا یجوز للحاکم إقامة الحدّ علیه بالقطع فعلی هذا التحریر إذا قامت البیّنة بأنّه سرق نصاباً من حرز لغائب و لیس للغائب وکیل یطالب بذلک لم یقطع حتّی یحضر الغائب و یطالب. «۲»

و تحقیق المطلب و أنّ القطع من حقوق الله أو الناس موکولٌ إلی محلّه.

علی أنّ الظاهر من روایة ابن خالد أنّه بصدد بیان أمر آخر و هو أنّ حقوق

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۱.

(۲) الحلّی، السرائر: ۴۹۵. ۳، ط النشر الإسلامی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۱

الله تجری و إن لم تکن هناک مطالبة و أمّا حقوق الناس فإجراؤه فرع المطالبة و لیست الروایة ناظرة إلی جواز عمل القاضی بعلمه و أنّ قوله: «إذا نظر إلی رجل» فی کلا الموردین بمعنی ثبوت الموضوع ثبوتاً شرعیّاً لا ثبوته بعلم القاضی.

ثمّ إنّ هناک روایات تدلّ علی أنّ علیّاً علیه السلام عزّر رجلین أو امرأة و رجلًا إذ رآهما فی لحاف واحد، أو عزّر قاصّاً یقصُّ فی المسجد بالدرة و هذا یدلّ علی جواز عمل الإمام بعلمه فی حقوق الله من دون بیّنة و إلیک روایاته:

الثانی: صحیحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول: «کان علی علیه السلام إذ وجد الرجلین فی لحاف واحد ضربهما الحدّ». «۱»

الثالث: صحیحة أبی عبیدة عن أبی جعفر علیه السلام قال: «کان علی علیه السلام إذا وجد رجلین فی لحاف واحد مجرّدین جلّدهما حدّ الزانی مائة جلدة کلّ واحد منهما و کذلک المرأتان إذا وُجدتا فی لحاف واحد مجرّدتین جلّدهما کلّ واحدة منهما مائة جلدة. ۲

الرابع: روی الشیخ بسند صحیح عن أبان بن عثمان (الثقة) قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: «إنّ علیّاً علیه السلام وجد امرأة مع رجل فی لحاف واحد فجلّد کل واحد منهما مائة سوط غیر سوط». ۳

الخامس: صحیحة حریز عن أبی عبد الله علیه السلام: «إنّ علیّاً علیه السلام وجد رجلًا و امرأة فی لحاف واحد فضرب کل واحد منهما مائة سوط إلّا سوطاً». ۴

السادس: إنّ أمیر المؤمنین علیه السلام رأی قاصّیاً فی المسجد فضربه بالدرّة و طرده. ۵ و طبع الأمر یقتضی أن تکون القصّیة من القصص المضلّة المضادّة لما علیه

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۶، ۱۵، ۱۹.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۲۰.

(۳) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب بقیّة الحدود، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۲

أسس الإسلام.

فی تفسیر هذا القسم من الروایات:

۱- إنّ الروایات لیست فی مقام بیان عمل الإمام بعلمه، بل بصدد بیان حکم الموضوع و إن المتستّرین تحت لحاف واحد، حکمهما کذا، و التعبیر ب «وجد» لیس مشیراً إلی أنّه وقف بالموضوع عن طریق رؤیته نفسه و عمل بعلمه، بل نشیر إلی أنّ الثابت من عملهما هو ذاک، أی کونهما فی لحاف واحد، من دون إحراز أیّ عمل آخر. و لأجل ذلک جاء التعبیر فی بعض الروایات: «حدّ الجلد أن

یوجدا فی لحاف واحد، و الرجلان یجلدان إذا وجدا فی لحاف واحد». «۱»

۲- إنّ القـدر المتیقّن من هذه الروایات هو وجود التسالم بین القاضـی و المتواجدین تحت لحاف واحد، فلا یصحّ الاحتجاج به إذا لم یکن هنـاک تسالم فلو افترضـنا أنّ الحاکم الإسـلامی رآهما بآلـهٔ التصویر من بعیـد، فاحضـرهما فأنکرا فلا یصـحّ الاحتجاج بالروایات علیهما.

السابع: ما رواه الشـیخ بإسناده عن ابن أبی عمیر، عن شعیب «۲» قال: سألت أبا الحسن علیه السـلام عن رجل تزوّج امرأةً لها زوج قال: «یفرّق بینهما»، قلت: فعلیه ضـرب قال: «لا، ما له یضـرب»، إلی أن قال فأخبرت أبا بصیر فقال سمعت جعفراً علیه السلام یقول: «إنّ علیّاً علیه السـلام قضـی فی رجل تزوّج امرأهٔ لها زوج فرجم المرأهٔ و ضـرب الرجل الحدّ، ثمّ قال: لو علمت أنّک علمت لفضـخت رأسک بالحجارهٔ».

حمل الشیخ ما روی عن أبی الحسن بمن لا یعلم أنّ لها زوجاً، و حمل الثانی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۱ و لاحظ الحدیث: ۲، ۳، ۴، ۵، ۷، ۹، ۱۰.

(۲) و هو شعیب بن یعقوب العقرقوفی بقرینهٔ روایهٔ ابن أبی عمیر عنه وثّقه النجاشی و تبعه العلّامهٔ.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۱۳

علی من غلب علی ظنّه ذلک و فرط فی التفتیش فیعزر. «۱»

و الفضـخ بالإعجام هو کشف المساوی و یسـتعمل فی معنی الکسـر أیضاً و هو المراد فی المقام. و الاسـتدلال مبنیّ علی الأخذ بظهور العلم فی العلم الشخصـی، و هو مورد تأمّل بـل المراد هو الثبوت الشـرعی، کـالثبوت فی المرأهٔ، فلا إطلاق له من هـذه الجهـهٔ و لیس الإمام بصدد بیانه.

هذا ما وقفنا علیه فی حقوق الله و قد عرفت عدم صحّهٔ الاحتجاج بهذه الروایات و هی بین ضعیف السند أو ضعیف الدلالهٔ. أضف إلیه وجود الشذوذ فی بعض المتون فنخرج بهذه النتیجهٔ أنّه لیس للحاکم الإسلامی العمل بعلمه فی حقوق الله إلّا إذا کان هناک تسالم بین القاضی و المحکوم علیه.

فی خاتمهٔ المطاف نأتی بأُمور تلقی الضوء علی المختار

۱- عدم العمل بالعلم فی مورد الإحصان

إنّ النبیّ و الوصیّ کانا مصرّین علی ستر الأمر فی حقّ المحصن و المحصنهٔ، و عدم الرغبهٔ إلی إقرارهما مع الإذعان بصدقهما. فلو کان علم القاضـی قائماً مقام بیّنهٔ المدّعی کان اللازم علیهما صـلوات الله علیهما إجراء الحدّ، مع أنّا نری فی الروایات المسـتفیضهٔ تجاهلهما بالنسبهٔ إلی صـدور الزنـا و محاولتهمـا أن لاـ یقرّا بما فعلا. و القائل بجواز العمل بالعلم فی مجال حقوق الله لمّا یواجه هـذه الروایات، یحاول علاجها بالتخصـیص فی الضابطـهٔ، و یتمسّک بالإجماع بأنّه لا یثبت الإحصان، إلّا بالبیّنـهٔ و الأقاریر الأربعـهٔ. و کان الأولی جعل الروایات دلیلًا علی بطلان الضابطهٔ و لأجل إیقاف القارئ علی موقف النبیّ و الوصیّ من رفض العلم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۱۴

بزنـا المحصن و المحصـنهٔ نـأتی بنصّـین: أحـدهما یرجع إلی النبیّ الأـکرم صـلَّی الله علیه و آله و سـلَّم و الآـخر إلی وصیّه، و إن کان یوجب الإطناب فی الکلام.

روی البیهقی فی سننه قال: «جاء ماعز بن مالک إلی النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فقال: یا رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم طهّرنی! فقال: ویحک ارجع فاستغفر الله و تب إلیه قال: فرجع غیر بعید ثمّ جاء فقال: یا رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم طهّرنی! فقال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: مثل ذلک حتّی إذا کانت الرابعهٔ قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: ممّ اطهّرک فقال: من الزنا فسأل النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أبه جنون فأُخبِر أنّه لیس بمجنون فقال: أشربت خمراً فقام رجل فاستنکهه فلم یجد منه ریح خمر. فقال النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أثیب أنت قال: نعم، فأمر به فرجم». «۱»

و روی أیضاً بأنّ النبی قال: «و لو کنت راجماً من غیر بیّنهٔ لرجمتها». ۲

۲- روی الکلینی عن صالح بن میثم عن أبیه قال: «أتت امرأهٔ مجحٌّ ۳ أمیر المؤمنین علیه السلام فقالت: یا أمیر المؤمنین! إنّی زنیت فطهّرنی طهّرک الله، فإنّ عذاب الدنیا أیسر من عذاب الآخرهٔ الذی لا ینقطع! فقال لها: ممّا أُطهّرک؟! فقالت: إنّی زنیت، فقال لها: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت أم غیر ذلک؟ قالت: بل ذات بعل، فقال لها: أ فحاضراً کان بعلک إذ فعلت ما فعلت أم غائباً کان عنک؟ قالت: بل حاضراً، فقال لها: انطلقی فضعی ما فی بطنک ثمّ ایتینی أُطهّرک، فلمّا ولّت عنه المرأهٔ فصارت حیث لا تسمع کلامه قال: «اللّهمّ إنّها شهادهٔ».

فلم تلبث أن أتته فقال: قد وضعت فطهّرنی، قال: فتجاهل علیها فقال: أُطهّرک یا أمهٔ الله ممّا ذا؟! قال: إنّی زنیت فطهّرنی، قال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ قالت: نعم، قال: فکان زوجک حاضراً أم غائباً؟ قالت: بل حاضراً، قال: فانطلقی فارضعیه حولین کاملین کما أمرک الله، قال: فانصرفت المرأهٔ فلمّا صارت منه حیث لا تسمع کلامه قال: «اللّهمّ إنّهما شهادتان».

---

(۱) ۱ و ۲ البیهقی، السنن الکبری: ۸/ ۲۲۶، و ج ۷/ ۴۰۷.

(۲) ۳ المتکبرهٔ.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۱۵

قال: فلمّا مضی الحولان أتت المرأهٔ فقالت: قد ارضعته حولین فطهّرنی یا أمیر المؤمنین، فتجاهل علیها و قال: أُطهّرک ممّا ذا؟ فقالت: إنّی زنیت فطهّرنی، فقال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: نعم، قال: و بعلک غائب عنک إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: بل حاضر، قال: فانطلقی فاکفلیه حتی یعقل أن یأکل و یشرب و لا یتردّی من سطح و لا یتهور فی بئر قال: فانصرفت و هی تبکی فلمّا ولّت و صارت حیث لا تسمع کلامه قال: «اللّهمّ هذه ثلاث شهادات ...». «۱»

۲- بطلان وحدهٔ المدّعی و القاضی

القضاء المتعارف بین شعوب العالم، هو خروج القاضی عن إطار المنازعهٔ، فلا یکون مدّعیاً و لا منکراً، بل ینظر إلی کلامهما، و یوازن دلیلهما، و ما یقتضی کلامهما. و یترتّب علی ذلک، لزوم کون المدّعی غیر القاضی و بطلان وحدتهما.

و لأجل ذلک لو ادّعی أحد علی القاضی أمراً یجب أن یرفعه إلی قاض آخر، و لا یصحّ رفعه إلیه إذ لا یصحّ أن یکون القاضی، من أُقیم علیه الدعوی و لأجل ذلک قال المحقّق: و إن ادّعی أحد علی القاضی فإن کان هناک إمام، رافعه إلیه و إن لم یکن و کان فی غیر ولایته، رافعه إلی قاضی تلک الولایهٔ، و إن کان فی ولایته رافعه إلی خلیفته.

و یظهر من الجواهر أنّ لزوم التغایر أمرٌ مسلّمٌ و لذا استشکل فی الرجوع إلی خلیفته قائلًا بأنّ ولایهٔ الخلیفهٔ فرع ولایته الّتی لا یندرج فیها الحکم بالدعاوی المتعلّقهٔ به «۲» فإذا لم یصلح القاضی لممارسهٔ ما ادّعی علیه، فلا یصلح أیضاً لممارسهٔ ما ادّعی علی غیره لوحدهٔ الملاک و هو لزوم مغایرهٔ القاضی، مع أطراف المنازعهٔ فلو

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱. و لاحظ الحديث ۲ و ۵.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۶

وقع فى إطارها لما صلح.

على ضوء ذلك فلو كان فى مجال حقوق الله سبحانه، بيّنةٌ أو إقرارٌ، يكون المدّعى غير القاضى، فيحكم حسب شهادتهم أو إقراره و أمّا إذا لم تكن هناك بيّنة و لا إقرار من الشخص، إلّا القاضى و علمه فادّعى عليه أنّه ارتكب كذا و كذا، انقلب القاضى مدّعياً، مع لزوم كونهما متعدّداً.

نعم ما ذكرنا من استلزامه وحدة القاضى و المدّعى إنّما يتمّ فى حقوق الله دون حقوق الناس، فإنّ المدّعى فيها، صاحب الحقّ، و المنكر، من أُقيم عليه الدعوى، و القاضى هو الحاكم، من غير فرق بين صدوره عن البيّنة و الإقرار، أو عن علمه، و على كلّ تقدير فالقاضى خارج عن طرفى المنازعة.

نعم إذا كان القاضى قيّماً للأيتام و القصّر، و أمثالهما، فله إقامة الدعوى على الغير، لكن نيابة عنهم، فلا يكون القاضى و المدعى واحداً اعتباراً، و إن قلنا بعدم كفاية التعدّد الاعتبارى فاللازم أن يرفع الشكوى إلى قاض آخر و فى المحاكم العرفية يتكفّل مدّعى العموم، أمر إقامة الدعوى و يُرفع الشكوى إلى محكمة أُخرى، لئلا تلزم وحدة القاضى و المدّعى.

۳- حقوق الله خارجة عن مجال القضاء

إنّ العبرة فى حقوق الله بالبيّنة و الإقرار، فإن تحقّق واحد منهما أُقيم الحدّ و لو لا البيّنة و الإقرار لا تصلح لإقامة الدعوى و أمّا إصغاء الادّعاء عند الاقتران بالبيّنة فلأجل الاقتران بها و لا عبرة بالادّعاء و هذا بخلاف حقوق الناس، فلو ادّعى على شخص ديناً فتسمع دعواه و إن لم تقترن بالبيّنة، و يكون له بالتالى حقّ إحلاف المنكر، و هذا بخلاف الادّعاء المجرّد فى حقوق الله فلو ادّعى بلا بيّنة، يحدّ أو يعزّر، و لا يترتّب على الادعاء أى أثر إذ لا يمين فى الحدّ. «۱»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۱، ۲، ۳، ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۷

و لأجل ذلك قال المحقّق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرّدة عن البيّنة فلا يتوجّه اليمين على المنكر»، و قال فى الجواهر فى شرح كلام المحقّق: بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد؛ لأنّ من شرط سماع الدعوى أن يكون المدّعى مستحقّاً لموجب الدعوى فلا تسمع فى الحدود لأنّه حقّ الله، و المستحقّ (الله) لم يأذن و لم يطلب الإثبات على أمر، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات و بالتوبة من موجبها من غير أن يظهر للحاكم و قد قال صلّى الله عليه و آله و سلّم لمن حمل رجلًا على الإقرار عنده بالزنى: «هلّا سترته بثوبك» و سماعها بالبيّنة بمعنى ثبوتها لا أنّها تكون دعوى له معها كما هو واضح. «۱»

و مع هذا البيان الواضح من الماتن و الشارح كيف يصلح للقاضى أن يقيم الدعوى فى حقوق الله على شخص و يقضى بعلمه، مع عدم قبول الموضوع الإقامة الدعوى، و بالتالى لا يصلح للقاضى أن يتّخذ لنفسه موقف المدّعى، و لا المنكر موقف الإنكار كما هو واضح.

و الحاصل أنّه يشترط فى المدّعى أن يكون مالكاً للدعوى بنحو من الأنحاء و هذا الشرط مفقودٌ فى حدود الله.

و لعلّه لبعض ما ذكرنا أفتى الشيخ فى النهاية باختصاص العمل بالعلم فى حقوق الله بالإمام المعصوم و لا يعمّ غيره قال: إذا شاهد الإمام من يزنى أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحدّ و لا ينتظر مع مشاهدته، قيام البيّنة و الإقرار، و ليس ذلك لغيره بل هو

مخصوص به، و غيره و إن شاهد يحتاج إلى أن يقوم ببيّنة أو إقرار من الفاعل. «۲»

فإن قلت: إذا كان القاضى عالماً بالواقع و لا بيّنة للمدّعى فهل يصحّ للقاضى إحلاف المنكر مع علمه بصدق المدّعى و كذب الآخر؟، أو نفترض أنّ البيّنة قامت على خلافِ ما يعتقده القاضى، فهل تكون البيّنة حجّة مع العلم

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۵۷.

(۲) الطوسى: النهاية: ۶۹۱.

بكذبها؟

قلت: قد تكرّرت أمثال هذا السؤال فى أكثر الكتب و الجواب أنّ القاضى مأمور من جانب الشارع بإصدار الحكم على طبق الضوابط لاـ العمل بالواقع سواء أوافق الواقع أم لا و على فرض عدم انصراف أدلّة عن هاتين الصورتين، فلا دليل على وجوب القضاء عليه فى تلك الواقعة، و لا يلزم تعطيل الأحكام لعدم انحصار القاضى به، غاية الأمر يصدر القرار بترك المخاصمة حتّى ينظر قاض آخر فى أمرهما.

فتلخّص من هذا البحث الضافى عدم جواز عمل القاضى بعلمه فى حدود الله و حقوقه. بقى الكلام فى عمله بعلمه فى حقوق الناس، و هو ما يأتى فى العنوان التالى:

المقام الثالث: فى ما استدلّ به فى خصوص حقوق الناس

اشارة

قد عرفت حكم عمل القاضى بعلمه فى حقوق الله، بقى الكلام فى عمله بعلمه فى حقوق الناس فقد استدلّ عليه بروايات:

الأُولى: مرسلة أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى كتاب علىّ عليه السلام: أنّ نبيّاً من الأنبياء شكا إلى ربّه القضاء فقال: كيف أقضى بما لم تر عينى و لم تسمع أُذنى؟ فقال: اقض عليهم بالبيّنات و اضفهم إلى اسمى يحلفون به و قال: إنّ داود عليه السلام قال: ربّ أرنى الحقّ كما هو عندك حتّى أقضى به، فقال: إنّك لا تطيق ذلك، فألحّ على ربّه حتّى فعل، فجاءه رجل يستعدى على رجل فقال: إنّ هذا أخذ مالى، فأوحى الله إلى داود أنّ هذا المستعدى قتلَ أبا هذا و أخذ ماله، فأمر داود بالمستعدى فقتل، و أخذ ماله فدفع إلى المستعدى عليه، قال: فعجب الناس و تحدّثوا حتى بلغ داود عليه السلام و دخل عليه من ذلك ما كره. فدعا ربّه

أن يرفع ذلك ففعل، ثمّ أوحى الله إليه أن أحكم بينهم بالبيّنات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به». «۱»

و الاحتجاج بالرواية لاـ يخلو من إشكال سنداً و دلالةً، أمّا أوّلًا: فلأنّه مرسل، و كون أبان من أصحاب الإجماع ليس بمعنى حجّية مراسيله أو حجّية رواياته الضعاف كما حقّقناه فى كتاب كليّات فى علم الرجال.

و أمّا ثانياً: فإنّ الرواية تدلّ على أنّ القاعدة الأوّلية، هو القضاء بالبيّنات و الايمان، لا بالواقع غير أنّ داود النبىّ لما دعا ربّه ليعمل بالواقع لديه سبحانه، أجازه و أوحى إليه الحقّ، فى تلك الواقعة و لما صار ذلك سبباً لتحدّث الناس عن داود، دعا ربّه أن يرفع ذلك، فرفعه و صار الأساس، القضاء بالبيّنات و الايمان، و الذى يقتضى الإمعان فيها أنّ مصلحة القاضى تَكْمن فى القضاء بالبيّنة و اليمين، و لمّا دعا داود ربّه أن يقضى بما هو الحق عند الله، فأجابه سبحانه بأنّه لا يطيقه و لمّا ألحّ استجاب الله دعوته و أراه المفسدة فى العدول

عن الطريق المـألوف فصـار مـأموراً بالقضاء به و لو دلّ على شـىء لـدلّ، على أنّ القضاء بغير الطريق السائـد، غير خال من المشاكل و المصاعب.

و إن أبيت عن الدلالـة فإنّما تدلّ على العمل بالعلم الذى هو من سـنخ الوحى، لا مطلق العلم الذى هو موضوع للبحث و لو كان حسـيّاً فضلًا عمّا كان حدسيّاً.

و يظهر من بعض مـا روى فى ذلـك البـاب أنّ القضاء بالواقع بلا سؤال عن بيّنـة من خصائص الإمام المهـدى عجل الله فرجه الشـريف روى أبو عبيدة الحذّاء فى حديث قال: «إذا قام قائم آل محمّد صلّى الله عليه و آله و سلّم حكم بحكم لا يسأل عن بيّنة». «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۲۰

الثانيـة: ما يـدلّ على أنّ الإمام عليّاً عليه السـلام كان يقضـى بالمعايير العلمية الطبّية و النفسـية التى تورث العلم للقاضـى و لكلّ من قام بهذا النوع من العمل و نأتى منها ما يلى:

۱- ما رواه الشـيخ عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السـلام: كان لرجل على عهد علىّ عليه السلام جاريتان فولـدت إحداهما ابناً و الأُخرى بنتاً، فعمدت صاحبة البنت فوضـعت بنتها فى المهد الّذى فيه الابن و أخذت ابنها فقالت صاحبة البنت: الابن ابنى، و قالت صاحبة الابن: الابن ابنى فتحاكما إلى أمير المؤمنين عليه السـلام، فأمر أن يوزن لبنهما و قال: أيّتهما كانت أثقل لبناً فالابن لها. «۱»

۲- ما رواه الصـدوق بإسـناده إلى قضايا ۲ أمير المؤمنين عليه السـلام: قـال أبو جعفر عليه السـلام: تُوفّى رجل على عهـد أمير المؤمنين عليه السـلام و خلّف ابناً و عبداً، فادّعى كلّ واحد منهما أنّه الابن و أنّ الآخر عبد له، فأتيا أمير المؤمنين عليه السلام فتحاكما إليه، فأمر عليه السلام أن يثقب فى حائط المسجد ثقبين، ثمّ أمر كلّ واحد منهما أن يدخل رأسه فى ثقب ففعلا، ثمّ قال: «يا قنبر جرِّد السّيف» و أشار إليه: «لا تفعل ما آمرك به» ثمّ قال: «اضـرب عنق العبـد»، فنحّى العبـد رأسه فأخذه أمير المؤمنين عليه السـلام و قال للآخر: «أنت الابن و قد اعتقت هذا و جعلته مولى لك».

۳- روى الكلينى بسـند صحيح عن أبى الصبّاح الكنانى ۳ عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: أتى عمر بامرأة قد تزوّجها شـيخ، فلمّا أن واقعهـا مات على بطنها، فجاءت بولـد فادّعى بنوه أنّها فجرت، و تشاهـدوا عليها، فأمر بها عمر أن ترجم، فمرّ بها على علىّ عليه السـلام فقـالت: يا ابن عمّ رسول الله عليه السـلام إنّ لى حجّـة، قال: «هاتى حجّتك»، فـدفعت إليه كتاباً فقرأه، فقال: «هـذه المرأة تعلمكم بيوم تزوّجها و يوم واقعها و كيف كان جماعه لها، ردّوا المرأة» فلمّا كان من الغد دعا بصبيان أتراب

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶ و ۹.

(۲) ۳ و فى السند محمد بن على و المراد منه محمد بن على بن مهزيار الثقة و ليس فيه اى إرسال.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۲۱

و دعـا بـالصبى معهم فقال لهم: «العبوا» حتّى إذا ألهاهم اللّعب قال لهم: «اجلسوا» حتّى إذا تمكّنوا صاح بهم، فقام الصّبيان و قام الغلام فـاتّكى على راحـتيه، فـدعا به علىّ عليه السـلام و ورثه من أبيه، و جلـد إخوته المفترين حـدّاً حـدّاً، فقـال عمر: كيف صـنعت؟ فقـال: «عرفت ضعف الشّيخ فى تكأة الغلام على راحتيه». «۱»

و يمكن أن يقال: إنّ الروايـة ظاهرة فى جواز العمل بالعلم فى حقوق الله، و ذلك لأجل أنّ موردها هو الرجم. و لكن الظهور ممنوع و

ذلـك لأنّ الإمام عمل به فى دفعه عن المرأة، لا فى إثباته و لا يمكن لنا الإذعان أنّ الإمام يعمل به فى الجانب الآخر، و لعلّه صلّى الله عليه و آله و سلّم كان واقفاً على صـدقها و أراد بما فعل إقناع الخليفـة ببراءتها و إلّا فمجرّد الاتّكاء على الأرض لا يفيـد العلم بأنّه ابن رجل أودع نطفته فى رحم أُمّه و هو شيخ كبير فان.

۴- ما رواه فى الوسائل عن الشيخ المفيد فى الإرشاد:

قـال روت العامّـة و الخاصّـة أنّ امرأتين تنازعتـا على عهـد عمر فى طفـل ادّعته كلّ واحـدة منهما ولـداً لها بغير بيّنـة و لم ينازعهما فيه غيرهمـا، فالتبس الحكم فى ذلك على عمر، ففزع فيه إلى أمير المؤمنين عليه السـلام، فاسـتدعى المرأتين و وعظهما و خوّفهما، فأقامتا على التّنـازع، فقـال علىّ عليه السـلام: «ايتونى بمنشـار» فقـالت المرأتان: فما تصـنع به؟ فقال: «أقـدّه نصـفين لكلّ واحـد منكما نصـفه» فسـكتت إحداهما و قالت الأُخرى: الله الله يا أبا الحسن إن كان لا بدّ من ذلك فقد سمحت به لها، فقال: «الله أكبر هذا ابنك دونها، و لو كان ابنها لرقّت عليه و أشفقت»، و اعترفت الأُخرى أنّ الحقّ لصاحبتها و أنّ الولد لها دونها. «۲»

لا شكّ أنّ الإمام عليه السـلام قـد قضـى بمقدّمات حسيّة تورث العلم لكلّ من شاهد القضايا بأُم عينيه، سواء كان الإمام أو غيره و قد اعتمد فى قضائه على أمور

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱.

طبّيـة، كما فى مورد وزن اللبن حيث إنّ الذكر أقوى جسـماً من الأُنثى، فطبع الحال يقتضـى أن يكون اللبن الذى يتغذّى به أقوى مادّة من لبن غيره إذا كانا متقاربى الولادة من حيث الزمان، لا إذا كانوا مختلفين من تلك الجهة، فربّما يكون لبن أُمّ البنت إذا كانت وليدة سنة أقوى من لبن أُمّ الابن إذا كان وليد يوم.

و لكنّه (صـلوات الله عليه) اعتمد فى الموارد الأُخر على أُمور نفسـية تورث الاطمئنان، مثلًا عند ما سـمع أحدهما أمرَ الإمام بضرب عنق العبد، نحّى رأسه دون الآخر من لا وعى و شعور، و هذا يدلّ على أنّه فى صميم ذاته كان يعتقد برقّيته دون الآخر.

كما أنّ الإمام اعتمد على ناموس الوراثة، و أنّ شيخوخة الأب حين الولادة تؤثر فى الولد حيث قام الصبيان بلا اتّكاء على الراحة و قام هو متكئاً على راحتيه.

و مثله القضيـة الأخيرة حيث دلّ إشـفاق إحـدى المرأتين و رقّتهـا على كونهـا أُمّاً دون الأُخرى. و إن اعترفت أخيراً على أنّ الولـد لها دونها، لكن الإمام قضى قبل إقرارها. «۱»

فجميع الموارد تتمتع من خصوصيات:

الأُولى: إنّ المعلوم و إن لم يكن حسيّاً لكن مبادئه حسّية و لا يمكن التعدّى من هذا النوع إلى ما إذا كانت مبادئه حدسيةً بحتةً.

و الثانية: إنّ المصادر الذى صدر عنها الإمام لا يختصّ بأحد دون أحد و الإمام و غيره سواسـية، أمام ذلك العلم فهو قابل للانتقال إلى الغير، بالإمعان فيه من مبادئه و مقدّماته.

الثالثة: إنّ الإمام لم يقض غائباً عن أعين الناس بل قضى فى مشهد عظيم،

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، لاحظ أحاديثه.

تری کیف عالج المشاکل بالمواهب الإلهیة و الطاقات فوق العادة فأخرج نفسه بذلک عن مظنّة التهمة و تحدّث الناس عنه.

فلو حصل مثل ذلک العلم للقاضی غیر المعصوم، فله الحکم أخذاً بالضابطة.

ثمّ إنّ جمع القرائن و الشواهد فی المحاکم العرفیة للتعرّف علی صدق المدّعی أو إنکار المنکر أمر رائج فیها و ربّما یحولون الأمر إلی الخبراء للتحقیق عن دلالتها علی ما یرتئیه القاضی.

نفترض وقوع قتل فی البیت أو الشارع أو فی غرفة عمل المقتول، فاتّهم إنسان بأنّه المباشر للجنایة فإنّ التحقیق عن الصلة الموجودة، بین المقتول و المتّهم، من الحبّ و البغض و عن مکان القتل و زمان وقوعه، و الآلة التی ترکت فی المحلّ و مدی قدرة المتّهم علی إعمالها، و الإمعان فی حالته عند مواجهة جسد المقتول. و وجود الانسجام أو التناقض فی أجوبة الأسئلة إلی غیر ذلک من الأُمور، یکشف الستر عن وجه الحقیقة و یصل القاضی فی ظل نظر الخبراء إلی النتیجة القطعیة التی یصل إلیها، کل من نظر فی الملفّ و تأمّل فیه، فهذا النوع من العلم علم حسیّ بمعنی کون مبادئه حسّیة، و لأجل ذلک ربما یضطرّ المتّهم بالإقرار قبل صدور الحکم، کما ربّما یصل القاضی ببراءته و لیس تحصیل العلم فیه أبعد من تحصیله من الشهادة بالعدالة و الفسق.

فلو لم نعتمد علی هذه القرائن و الشواهد أو شهادة الخبراء الذین أحرزت عدالتهم و صدقهم فی المقال، علی دلالتها علی واحد من الأمرین، لانتشر الفساد فی الأرض، أو أقفل باب القضاء فی زماننا هذا.

و لقد بلغنی عن بعض القضاة الممارسین فی المحاکم، أنّ القضاء بالبیّنات فیها قلیل جدّاً، فلا محیص إلّا عن الإقرار، أو الإحلاف غیر أنّ جمع القرائن و الشواهد و الرجوع إلی الخبراء و الأخصّاء، یکشف السرّ المکتوم و یستعین به

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۲۴

القاضی و ربّما یواجه القاضی حوادث لیس للبیّنة لها طریق، کوقوع حریق فی المعمل، لا یُدری هل حدث عن عمد، أو لوجود نقص فی الأسلاک الکهربائیة، أو تقصیر فی الصیانة أو غیر ذلک فلا محیص عن اعتبار علم القاضی إذا استند إلی أُمور حسیّة أو قریبة من الحسّ مفیدة للعلم لکل إنسان عادیّ.

و علی ضوء ذلک یجوز للقاضی العمل بعلمه بشرط أن یکون علمه مستنداً إلی مبادی حسیّة أو قریبة منها، علی وجه یکون قابلًا للانتقال إلی غیره، بحیث لو نظر إلیها غیره لحصل له العلم، و هذا ما نعبّر عنه بجمع القرائن و الشواهد المفیدة للعلم.

إکمال

استثنی الموافق و المخالف فی عمل القاضی بعلمه، موارد جوّزوا فیها العمل بعلمه:

۱- تزکیة الشهود و جرحهم لئلّا یلزم التسلسل فإنّه إذا علم بأحد الأمرین و توقّف فی إثباته علی الشهود فإن اکتفی بعلمه بعدالة المزکّی أو الجارح فقد حکم بعلمه و إلّا افتقر إلی آخرین و هکذا فیلزم التسلسل إن لم یعتبر شهادة الأوّلین.

۲- الإقرار فی مجلس القضاء و إن لم یسمعه غیره. و قیل یستثنی إقرار الخصم مطلقاً.

۳- العلم بخطاء الشهود یقیناً أو کذبهم.

۴- تعزیر من أساء به فی مجلسه و إن لم یعلم غیره لأنّه من ضرورة إقامة أُبهة القضاء.

۵- أن یشهد معه آخر فإنّه لا یقصر عن شاهد. «۱»

(۱) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۹۹، ملحقات العروة: ۱/ ۲۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۲۵

و لو ثبت الإجماع فی هذه الموارد فهو و إلّا فالقضاء بالعلم فی مورد الإقرار، إذا لم یکن قابلًا للانتقال مشکل لما عرفت من قصور

الأدلّة من شمولها لغير هذه الصورة و ربّما يرد عليه ما تقدّم فى باب حقوق الله من وحدة القاضى و المدّعى، حيث يدّعى بنفسه إقرار المنكر ثمّ يقضى، و هو ليس بصحيح و الاستناد فى ذلك بما مرّ من قضية ماعز و غيرها حيث إنّ الظاهر كفاية علم القاضى بإقرار المقرّ، لا يخلو من إشكال، لأنّ الإقرار فى تلك المواضع لا ينفكّ عن سماع الأخيرين على أنّ مدّعى السماع هناك هو النّبى المعصوم الذى لا يقع مظنّة التهمة فلاحظ ذيل الرواية الأُولى. «۱» و الله العالم.

المسألة الثانية: فى التماس المدّعى حبس المنكر لتزكية البيّنة

إذا أقام المدّعى بيّنة و لم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدّعى حبس المنكر ليعدّ لها فهل يجوز حبسه وجهان:

۱- قال الشيخ فى المبسوط بالجواز لقيام البيّنة بما ادّعاه. «۲»

۲- و قال المحقّق: لا يجوز حبسه حيث لم يثبت المدّعى بالبيّنة العادلة، حتى تجوز عقوبته.

لا شكّ أنّه يجوز الحبس بعد ثبوت الدين، و قبل ثبوت الإفلاس فقد روى غياث بن إبراهيم عن أبيه أنّ علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبيّن له حاجة

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۵۲ و ۲۳۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۲۶

و إفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالًا. «۱» و روى السكونى عن جعفر عليه السلام عن ابنه انّ عليّاً كان يحبس فى الدين ثمّ ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يك له مال دفعه إلى الغرماء ۲

إنّما الكلام فيما إذا لم يثبت، فلو ادّعى عليه حقّاً و لم يُحضر بيّنة، فليس له حبس المدّعى عليه بمجرّد الدعوى غاية الأمر له إحلاف المنكر، إنّما الكلام إذا ادّعى حقّاً و احضر بيّنة و لكن الحاكم لم يعرفها فالتمس المدّعى حبسه ليعدّ لها، خوفاً من فراره أو اختفائه أو غير ذلك فالقول بجواز الحبس مبنى على أحد أمرين:

۱- إنّ الأصل فى كل مسلم هو العدالة و الفسق يحتاج إلى الإثبات فالبيّنة تامة و لا ينافيه التوقف على طلب التزكية لأنّ القائل بهذا القول يجوز البحث عن التزكية عند الريبة، و مع طلب الغريم له ذلك.

۲- إنّ العدالة ليست بشرط، بل الفسق مانع مثل ما يقال أنّ كون اللباس ممّا لا يؤكل لحمه، مانع لا كونه ممّا يؤكل شرط و على ذلك فالمقتضى موجود، و يحرز عدم المانع بالأصل أى باستصحاب الحالة السابقة قبل البلوغ.

و الوجهان ضعيفان أمّا الأوّل فلم يدلّ دليل على أنّ الأصل فى المسلم العدالة، كما لم يدل دليل على أنَّ العدالة المشروطة فى الشهادة بمعنى الإسلام كما سيوافيك فى كتاب الشهادة.

أمّا الثانى، فلأنّ الظاهر من قوله سبحانه (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و قوله سبحانه: (اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) (المائدة/ ۱۰۶) و قوله: (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) (المائدة/ ۹۵) أنّ العدالة هو الشرط فى قبول شهادة قول البيّنة.

و الحقّ أنّه لا يجوز حبسه، و لكن لا يجوز له إطلاقه أيضاً من دون أخذ تأمين منه لحضور مجلس القضاء ثانياً، فيدخل فى مصاديق تزاحم الحقوق فيجب الجمع بين الحقّين أو الأخذ بالأقوى ملاكاً و المورد من قبيل الأوّل و هو أخذ الكفيل أو الرهن فما ذكره فى الجواهر من عدم جواز الحبس و لا المطالبة بكفيل و لا رهن، غير تام و على ذلك سيرة المحاكم العرفيّة حيث لا يخلّون الخصم بلا تأمين لحقّ المدّعى إذا كان مظنوناً.

***

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۱- ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۲۷

المسألة الثالثة فيها فروع ثلاثة:

اشارة

ذكر المحقّق فيها فروعاً ثلاثة بالنحو التالی:

۱- لو قضـی الحـاكم علی غريم بضـمان مـال، و أمر بحبسه فعنـد حضور الحـاكم الثانی، يُنظر فإن كان الحكم موافقاً للحقّ ألزم، و إلّا أبطله سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً.

۲- كلّ حكم قضی به الأوّل و بان للثانی فيه الخطاء فإنّه ينقضه.

۳- لو حكم هو ثمّ تبيّن الخطأ فإنّه يبطل الأوّل و يستأنف الحكم بما علمه حقاً. «۱»

و إليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

[الفرع الأول] لزوم النظر فی حكم الغريم المحبوس

إنّ ما ذكر فی الفرع الأوّل، هو الموافق لما ذكره فی مبحث الآداب قال: «إنّ

(۱) نجم الدين الحلی: الشرائع: ۴/ ۷۵.

تبريزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج۱، ص: ۲۲۸

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۲۸

القاضـی ينظر فی المحبوسـين و يجعل وقتاً فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحـد واحـد و يسأله عن موجب حبسه و يعرضه علی خصـمه فإن ثبت لحبسه موجب أعـاده و إلّـا أشـاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه» «۱» و لكنّه، لاـ يلائم ظاهراً مع ما سـيذكره فی المسألة الرابعة حيث قال: «ليس علی الحاكم تتبع حكم من كان قبله». «۲»

و قد اضـطرب كلامهم فی الجمع بين ما ذكر هنا، و ما ذكره فی المسألة الرابعة فقال الشـهيد الثانی: عند الكلام فی المسألة الرابعة إنّما وجب فی المسألـة الأُـولی النظر فی حكم الأوّل دون هـذه، (الرابعـة) لأنّه فی الأوّل وجـد الغريم محبوساً علی الحقّ و لم يُحصِّل أداءه فكـأنّ الأـوّل لم يتمّ، فلـذا أوجب علی الثـانی النظر فی حـال من عليه الحقّ لأـنّه يحتاج إلی أن يحكم عليه بوجوب أداء الحقّ و لا يتمّ للثـانی ذلـك حتّی يعلم حـال الحكم السابق بخلاف ما إذا كان قـد انقضـی الأمر فی حكم الأوّل و اسـتوفی متعلّق الحكم فإنّ الحاكم الثـانی لاـ يجب عليه النظر فی السـابق و لاـ يُتبّع الأحكـام إلّا أن يـدّعی المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل فيلزمه حينئـذ النظر لأنّ هـذه دعوی يلزمه سماعها و لا يتمّ إلّا بالنظر فی الحكم فينفذه إن كان حقّاً و يردّه إن تبيّن بطلانه. «۳»

و اعترض فی الجواهر بأنّ دعوی عدم انتهاء الحكم فی الأوّل يدفعها ظهور العبارة فی خلافها ضرورة كون حبسه لاستنقاذ الحقّ منه.

و الظاهر أنّ صاحب الجواهر قدّس الله سرّه ما أعطی حقّ النظر فی عبارة الشهید أنار الله برهانه کما هو شأنه فی سائر الموارد إذ المراد من عـدم التمامیـة هو عـدمها استیفاءً لا حکماً فلیس له الحبس إلّا إذا ثبت موجبه عنـده، و مثله إذا صـدر الحکم بالإعدام فلیس للثانی الإجراء إلّا إذا ثبت موجبه عنده مثل القاضی

(۱) المصدر نفسه/ ۷۳.

(۲) المصدر نفسه/ ۷۶.

(۳) العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۰.

الأوّل.

و الضابطـة الکلّیـة أنّه لیس للثـانی ردّ حکم القاضـی السـابق و لکنّه أیضـاً لیس له إنشـاء حکم وفق حکم الحاکم الأوّل إلّا بعـد ثبوت الموضوع عنده بل و لا إجراؤه و إن لم یحکم کما سیوافیک فی محلّه و العجب أنّه تنبّه ببعض ما ذکره الشهید فی بعض کلماته حیث قال: و عـدم جواز الردّ علیه مع عـدم العلم بفساده لا یقتضـی تحقّق الموضوع الـذی یتوقّف علیه مباشـرة الثانی لاستیفاء الحقّ الذی هو من ولایة القضاء بالمعنی الأعم فلیس له حینئذ ذلک إلّا بعد ثبوت کونه مسـتحقّاً علیه عنده و لیس فی الأدلّة أزید من حرمة الردّ و من الإنکار علی الردّ و نحوه ذلک ممّا لا دلالة فیه علی ثبوت الحقّ عند الثانی علی وجه یکون ولیّاً علی استنقاذه «۱».

و بذلک اتّضح دلیل الفرع الأوّل و قد أشار إلیه المحقّق بعبارة موجزة حیث قال: لاحتیاج الاستیفاء منه إلی مسوِّغ.

و الحاصل: إنّ الردّ و الاسـتنکار أمر و إنشاء الحکم وفق الحکم الأوّل أو إجراء حکم المعزول أمر آخر فما یرجع إلی المسألـة الرابعة، هو الأمر الأوّل، و ما یرجع إلی المقام هو الأمر الثانی.

ثمّ إنّه یظهر من السیّد الطباطبـائی أنّ الممنـوع فی هـذه الصـورة هو إنشـاء حکم علی طبق حکم حـاکم آخر من غیر أن یبحث عنه و یتبیّن کونه علی طبق رأیه و مع ذلک یجوز أو یجب إمضاؤه بمعنی تنفیذه و هو غیر الحکم من نفسه علی طبقه. «۲»

و لا ـ یخفی عـدم ترتّب ثمرة علی هـذا التفصـیل، فـإنّ محور النزاع هو جواز أو وجوب إجراء حکم من تقـدّم سواء کـان هناک إنشاء حکم علی وفق الأوّل أو لا، و الذی تترتّب علیه الثمرة، هو اجتنابه عن إجراء الحکم إلّا إذا ثبت الموضوع عنده.

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۹۵.

(۲) ملحقات العروة ۲/ ۲۸، المسألة ۳۵.

و الظاهر من عبارة الجواهر السابقة هو ما ذکرناه. «۱»

و نظیر ما قلناه فی المقام ما یقال فی أصالـة الصـحّة فی فعل الغیر من أنّها لا تثبت الصـحّة المطلقة بل الصـحّة النسبیّة، فلو اشتری رجل من بایع مشکوک بلوغه عندنا فمقتضی الأصل، هو صحّة شراءه منه و لکنّه لا تثبت بلوغ البائع حتّی یجوز لنا شراء شیء آخر منه بل لا محیص لنا عن التحقیق فی بلوغه و عدمه.

و مثله إذا تفحّص الحـاکم عن زوج المرأة أربع سـنوات، فطلّقها فیجوز لنا، تزویجها، و أمّا إذا تفحّص و لم یطلّق فلیس لنا طلاقها مبنیاً علی فحصه إلّا بعد ثبوت الموضوع عندنا.

فإن قلت: إذا کان الحکم صادراً عن وفق موازین القضاء فیجب علی الحاکم الثانی تنفیذه، فإنّ إیقافه ردّ علی الحاکم الأوّل.

قلت: إنّ الحرام هو ردّ الحکم و رفضه حسب دلالة المقبولة، و أین هو من الإیقاف حتّی یثبت الموضوع.

و الحاصل: إنّ الإجراء فرع ثبوت الموضوع لدى الحاكم الثانى و إلّا فلا يردّه و لا يرميه بالبطلان و فى الوقت نفسه لا يجريه.

[الفرع الثانى] نقض حكم القاضى عند تبيين الخطأ

اشارة

هذا هو الفرع الثانى الذى أشار إليه المحقّق بقوله: «و كذا كلّ حكم قضى به الأوّل و بان للثانى فيه الخطأ فإنّه ينقضه» توضيحه: التنصيب عموماً أو خصوصاً على القضاء، يلازم نفوذ حكم القاضى لرفع الخصومة و قطع النزاع فلو لم يكن حكمه نافذاً لغى التنصيب و يصبح القاضى رجلًا ناصحاً لا أثر لكلامه فى رفع المنازعة إلّا فى أقلّ من الناس. و لأجل ذلك

---

(۱) الجواهر ۴۰/ ۹۵.

أوجب الإمام قبول قضائه و حرّم ردّه بقوله: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنّما استخفّ بحكم الله و علينا ردّ، و الرادّ علينا كالرادّ على الله و هو بمنزلة الشرك». «۱» إلى غير ذلك من الروايات.

و مع ذلك كلّه فقد استثنى القوم موارد جوّزوا فيها نقض حكمه فيها قائلين بأنّه ليس من مقولة الردّ عليه و الصور المتصوّرة بشكل عام و إن كان بعضه خارجاً عن إطار البحث عبارة:

۱- نقض الحكم بالحكم

۲- نقض الحكم بالفتوى

۳- نقض الفتوى بالحكم

۴- نقض الفتوى بالفتوى

و هذه هى الأقسام الأربعة و إليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

۱- نقض الحكم بالحكم

و قبل الخوض فى البحث نأتى ببعض نصوصهم:

۱- قال الشيخ: إذا قضى الحاكم بحكم فاخطأ فيه ثمّ بان أنّه أخطأ أو بان أنّ حاكماً كان قبله قد أخطأ فيما حكم به، وجب نقضه و لا يجوز الإقرار عليه بحال و قال الشافعى: إن أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد بأن خالف نصّ كتاب أو سنّة أو إجماعاً أو دليلًا لا يحتمل إلّا معنى واحداً و هو القياس الجلىّ على قول بعضهم، و القياس الجلىّ و الواضح على قول الباقين منهم، فإنّه ينقض حكمه، و إن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينقض حكمه.

و قال مالك و أبو حنيفة: إن خالف كتاب الله و السنّة لم ينقض حكمه، و إن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

خالف الإجماع نقض حكمه، و ناقض كل واحد أصله فقال مالك: إن حكم بالشفعة للجار نقض حكمه و هذه مسألة خلاف، و قال محمد بن الحسن: إن حكم بالشاهد و اليمين، نقض حكمه، و قال أبو حنيفة: إن حكم بالقرعة بين العبيد أو بجواز بيع ما تركت التسمية على ذبحه عامداً، نقض حكمه لأنّه حكم بجواز بيع الميتة.

قال الشيخ: دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم و أيضاً فقد ثبت عندنا أنّ الحقّ فى واحد، و أنّ القول بالقياس و الاجتهاد باطل، فإذا ثبت ذلك فكلّ من قال بهذا قال بما قلناه، و إنّما خالف فى ذلك من جوّز الاجتهاد، و روى عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه قال: من أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو ردّ، و قال عليه السلام: ردّوا الجهالات إلى السنن، و هذه جهالة و روى عن عمر أنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى كتاباً يقوله فيه: و لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم ثمّ راجعت رأيك فهُديت لرشدك أن تراجع فإن الحقّ قديم، و لا يبطله شيء، و أنّ الرجوع إلى الحقّ أولى من التمادى فى الباطل. «۱»

۲- و قال الشيخ أيضاً: و قال المخالف ليس لأحد أن يردّ عليه و إن حكم بالباطل عنده لأنّه إذا كان حكمه باجتهاده وجب عليه العمل به فلا يعترض عليه بما هو فرضه إلّا أن يخالف نصّ الكتاب أو سنّة أو إجماعاً أو قياساً لا يحتمل إلّا معنى واحداً فإنّ ذلك ينكر عليه ثمّ إنّه اختار ما يلى و قال: إنّه إن أصاب الحقّ نفذ حكمه، و لا يعترض عليه، و إن أخطأ وجب على كل من حضره أن يتبّهه على خطئه، و لا قياس عندنا فى الشرع و لا اجتهاد، و ليس كلّ مجتهد مصيباً. «۲»

۳- قال ابن البرّاج: و إذا حكم بشىء ثمّ بان له أنّه أخطأ أو بان له أنّ الحاكم قبله حكم بشىء و أخطأ فيه كان عليه نقض ما أخطأ هو فيه، و كذلك ما أخطأ فيه غيره من الحكّام المتقدّمين عليه و حكم بما يعلمه من الحقّ. «۳»

---

(۱) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ۷.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۹۱.

(۳) ابن البرّاج، المهذب: ۲/ ۵۹۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۳۳

۴ و قال العلّامة: و كلّ حكم ظهر بطلانه فإنّه ينقضه سواء كان الحاكم هو أو غيره، و سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً. «۱»

۵- و قد اضطرب كلام العلّامة فى القواعد ففى موضع يظهر منه التفصيل بين ما إذا خالف دليلًا قطعياً وجب عليه و على غير ذلك الحاكم، نقضه و لا يسوغ إمضاؤه ... و إن خالف دليلًا ظنّياً لم ينقض كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة ....

ثمّ يقول بعد عدّة سطور: و لو كان الحكم خطأ عند الحاكم الأوّل و صواباً عند الثانى ففى نقضه مع كون الأوّل من أهله نظر و الأقرب أنّ كلّ حكم ظهر أنّه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنّه ينقضه و يستأنف الحكم بما علمه حقّاً. «۲» فقد فصّل فى العبارة الأولى بين الدليل القطعى و الظنّى و لكنّه حكم بالنقض مطلقاً فى الثانية فلاحظ.

۶- و قال فخر المحقّقين: إذا علم الحاكم الثانى بأنّ الحاكم الأوّل أخطأ فى حكمه، أو الحاكم نفسه علم أنّه حكم بحكم خطأ و الخطاء بمخالفة نصّ الكتاب أو السنّة المعلومى الدلالة مع علم سند السنّة أو الإجماع، نقض ذلك الحكم. و أمّا إذا ظهر خطأ الحكم لاستناده فى الاجتهاد إلى دليل ظهر أنّه ليس بدليل فى نفسه و لم يظهر له برهان على فساد هذا الحكم بل ظهر فساد فى مستنده فهذا هو المبحوث عنه هنا و قد اختار المصنف (العلّامة) أنّ الأقرب نقضه و الحكم بما علمه حقّاً.

و وجه القرب قوله تعالى: (وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ) (المائدة/ ۴۷) و الخطأ لم ينزله اللّه، و لأنّ إقرار ما يعتقده خطأ مع العلم به أو الظنّ و هو غير جائز.

و قال: و فيه نظر، لأنّ قوله: «مع العلم به لا نزاع فيه» و قوله: «أو الظن» فإنّه

---

(۱) الإرشاد: ۲/ ۱۴۱.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۱۵۵، قسم المتن، و لاحظ: الايضاح: ۳/ ۳۱۹.

فی عين المنع، فإنّ الدليل الظنّی لا ينقض ما حكم به بدليل ظنیّ و إلّا لم تستقرّ الأحكام أمّا لو ظهر باجتهاد ثان فلا ينقض و إلّا لم يستقرّ حكم. «۱»

هذه بعض النصوص فی المسألة و إليک تحليلها:

إنّ نقض الحكم بالحكم جوازاً و منعاً يستمدّ من الأمور التالية و الإمعان فيها يعطى الضابطة و يحدِّد الجواز و المنع و إليک بيانها:

۱- الغاية المتوخاة من القضاء فی جميع الأوساط هو رفع الخصومة و قطع النزاع قانوناً و تشريعاً و هو لا يتحقّق إلّا إذا كان حكم القاضی متمتِّعاً بصلابة و قوّة غير منتقضة باعتراض أحد الطرفين و إلّا لما حصلت الغاية المطلوبة، و انتهى الأمر إلى الهرج و المرج و لأجل ذلک يَتمتَّعُ حكم القاضی فی تمام المجتمعات بالقوّة و الاستحكام.

۲- إنّ النقض و تحديد القضاء فرع وجود الخصومة و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل فليست على صعيد التشريع أيّة خصومة حتّى يتصدّاها الحاكم الثانی أو القاضی الأوّل نفسه و إن رضى المتحاكمان لأنّ الوصل بعد الفصل يحتاج إلى دليل.

و بذلک يظهر أنّ حرمة النقض و تجديد المرافعة من القضايا التی دليلها معها، لأنّ القضاء الثانی فرع وجود المرافعة تشريعاً و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل و بقاءها تكويناً فی نفوس المترافعين أو فی ألسنتهما ليس موضوعاً شرعياً له. و إلى ما ذكرنا يشير المحقق الرشتی و يقول: إنّ حرمة النقض لا يحتاج فی إثباتها إلى دليل آخر غير ما دلّ على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصوّر حقيقة الحكم فإنّ الحكم المبحوث عنه على ما سبق عبارة عن فصل الخصومة و قطع المنازعة بإلزام أحد المتخاصمين على غير ما يقتضيه تكليفه فإذا تحقق

---

(۱) الايضاح: ۴/ ۳۲۰.

الفصل عند حاكم لم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعدُ سواء رضى الخصمان بتجديد المراجعة أم لا. «۱»

فما يظهر من صاحب الجواهر من تجويز النقض برضى المتخاصمين «۲» ليس فی محلّه لأنّ رضاهما لا يغيّر الحكم الشرعی و لا يوجد موضوعاً لدى القاضی.

۳- إنّ الإمام أعطى لحكم القاضی منزلة جليلة، فجعل حكمه حكم نفسه و ردّه ردّ حكمه «۳». فكل مورد كان النقض ملازماً مع الردّ يكون محرّماً بلا إشكال.

هذه الجهات الثلاثة، توضح وجه حرمة النقض، و هناک جهات أخرى تسوّغ النقض و إليک بيانها:

۴- إنّ العبرة و الاعتبار فی حكم القاضی برصيده الذی يتمتّع به و هو كونه حاملًا لحكمهم عليهم السَّلام و هذا هو الذی أعطى له القيمة و الكرامة و لو خلّى عنه، لسقط عن الاعتبار و المقصود من حكمهم هو الأعم من الحكم الواقعی المنكشف بالعلم، أو المنكشف بالأدلّة القطعيّة و إن لم يكن نفس الحكم قطعياً، كظواهر الكتاب و السنّة المعتبرة، و الإجماع المحصّل، و الشهرات المحقّقة التی تجعل المقابل شاذاً ساقطاً حسب ما حقّقناه.

و الحكم القضائی عندنا ليس حكماً واقعياً و لا ظاهرياً و إنّما قسم خاص منه، لكن بما أنّه يستمدّ من هذين القسمين يكون له الاعتبار، فإذا لم يكن مستمدّاً منهما لما كانت له قيمة.

۵- الاجتهاد الصحيح موضوع لنفوذ القضاء فلو حكم بالحق بلا اجتهاد،

(۱) المحقق الرشتی: کتاب القضاء: ۱/ ۱۰۷.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۹۵، و نقله عنه کل من المحقق الرشتی و الآشتیانی فی کتابیهما باسم «کتاب القضاء: ۱۰۸، و ۵۷ معبّرین عنه ببعض مشایخنا و هذا یعرب عن تتلمذهما علیه أولًا ثمّ علی الشیخ الأنصاری: قدّس الله أسرارهم.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی الحدیث ۱.

أو باجتهاد فاسد فهو من مصادیق قوله: «حکم بالحقّ و هو لا یعلم» و لأجل ذلک لا قیمة لقضاء العامی و إن أصاب الحق.

۶- إنّ حکم القاضی و إن کان حجّة علی الکل من غیر فرق بین المترافعین و غیرهما لکن لیست حکومته مطلقة، غیر مشروطة و لا محدّدة فلو کان الحقّ منکشفاً لدی القاضی بالعلم القطعی أو بحجّة قطعیّة علی قول، فلیست له حکومة علیه إذ لا یصح جعل حکم مخالف فی عرض الواقع، المنکشف.

۷- إذا حکم القاضی بحکم علی موضوع ثبت عنده بالبیّنة کالقصاص، و لکن عزل و ترک إجراءه علی قاض آخر، فلا یصحّ له الإجراء إلا إذا تحقّق الموضوع عنده و هو کونه قاتلًا أو مدیوناً فیطلب ذلک، النظرَ فی القضاء الأوّل. و إلّا فمجرّد حرمة الردّ و الإنکار لا یدلّ علی ثبوت الحقّ عند الثانی.

إذا عرفت ما هو المبرر لحرمة النقض و جوازه فإلیک بیان الموارد التی یجوز النقض فیها:

أ: تبیّن فساد الاجتهاد

إذا تبیّن أنّ الحاکم الأوّل، لم یقض علی اجتهاد صحیح مثلًا أحلف المدّعی مکان المنکر أو قضی بشهادة النساء مکان لزوم شهادة الرجال، أو بشهادة عدلین مع لزوم شهادة الأربعة أو قضی بشهادة عدل و یمین فی غیر الأموال و الحقوق مع اختصاص القضاء بهما علیهما ففی تلک الموارد لا شبهة فی جواز النقض بل لزومه فی حقوق الله مطلقاً و حقوق الناس مع المطالبة فإنّ حکمه فی الواقع دائر بین الحقّ و الباطل فعلی الأوّل قضی بالحقّ و هو لا یعلم، و علی الثانی قضی بالجور و هو لا یعلم و الکلّ قضاء باطل.

ب إذا خالف الدلیل القطعی

إذا کان فی المسألة دلیل قطعی یفید العلم بالحکم الواقعی، کنصِّ الکتاب،

أو السنّة المتواترة، و إجماع الفرقة المحقّة فی الأعصار، فحکمه حکم القسم الأوّل من لزوم النقض مطلقاً فی حقوق الله و حقوق الناس مع المطالبة إذ لا معنی لجعل حکم فی عرض الحکم الواقعی، و بکلمة قصیرة یدخل الحکم حینئذ فی من قضی بالجور و هو لا یعلم.

ج إذا خالف الدلیل المعتبر

إذا کان فی المسألة دلیل معتبر ثبت اعتباره بالدلیل القطعی کخبر الواحد و سائر الأمارات التی قامت الأدلّة القطعیة علی حجّیتها کالشهرات الفتوائیة طوال القرون علی ما حقّقنا حالها فی الأصول، و کالعلّة المنصوصة و بالجملة تبیّن تبیّناً قطعیاً أنّه استند إلی ما لیس بحجّة واقعاً، و إن لم ینکشف الواقع مثل انکشافه فی الصورة الثانیة فهل یجوز النقض أو لا؟

و الحقّ جوازه و ذلک لأنّ المفروض أنّ الحجّة الفعلیة فی حقّه، هو ما غفل عنه، و عدل إلی ما لیس بحجّة و مع ذلک فکیف یکون

نافذاً فی حقّ القاضی الثانی؟

و الحاصل أنّ المقیاس تبیّن الخطاء فی قضائه (لا تبیّن الواقع و انکشافه) و هو یلازم عدوله عن الحجّة السابقة إلی الحجّة الفعلیة.

د لو کان الدلیل المخالف عند القاضی الثانی أرجح عنده مما استند إلیه.

مع کون مستند الأوّل أیضاً ممّا یجوز الاعتماد علیه فإنّ ذلک لا ینقض لأنّه لا یعلم کونه خطاء. و علی ضوء ذلک ظهر أنّ مورد النقض ینحصر فی أمرین: تبیّن فساد الاجتهاد، تبیّن الخطاء فی مستند القاضی الأوّل تبیّناً قطعیاً سواء کان الواقع متبیّناً أیضاً أو لا و أمّا إذا کان الخطاء غیر متبیّن غایة الأمر کان لأحد الدلیلین ترجیح فی نظر الثانی علی الأوّل فلا.

نعم المتأخّرون بین موافق، و متردّد، و جازم بالخلاف.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۳۸

أمّا الأوّل فقد أفاد المحقّق الرشتی فی هذا المجال:

یجوز النقض فی مواضع ثلاثة. و هی المواضع التی یقع فیها الحکم لاغیاً:

أحدها: ما لو علم الحاکم أو غیره مخالفة حکم الحاکم الأوّل للحکم الإلهی الواقعی علماً قطعیّاً فإنّه یجوز النقض حتّی تتجدّد المرافعة لأنّه الحکم علی حدّ سائر الأمارات فلا یکون حجّة إلّا مع الجهل بالواقع و امّا مع العلم به فلا حکومة له.

ثانیها: ما لو علم مخالفة الحکم لدلیل معتبر عند الکل کالخبر الصحیح المعمول به، الثابت فی الکتب المعتبرة مع عدم المعارض فإنّ النقض جائز لأنّ العلم بالواقع الأوّلی و الثانویّ مع وحدته بین الکلّ سیّان فی عدم جواز المخالفة، بحیث لو فرضت مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم یفت بمضمونه.

و أمّا مخالفة الحکم الثانوی مطلقاً فلیس محلّ النقض لأنّ الأحکام الثانویّة متعدّدة حسب تعدّد الأمراء فلیس لمجتهد إبطال ما زعم الآخر حکماً إلهیاً و إلّا لم یبق للحکم مورد لا ینتقض فیه إلّا نادراً.

و الحاصل: أنّ المخالفة فی الرأی لا توجب جواز النقض مطلقاً، بل یتوقّف علی کونها بحیث لا تخفی علی أحد مراع لشروط الاجتهاد.

ثالثها: ما لو ظهر خطأ الحاکم فی الاجتهاد قصوراً أو تقصیراً (فساد الاجتهاد) إلخ. «۱»

و القسمان الأوّلان داخلان فی تبیّن الخطأ فی مستند القاضی سواء کان الواقع متبیّناً کما فی القسم الأوّل أو لا کما فی الثانی.

أمّا الثانی: فقد أفاد المحقّق الآشتیانی فیه و قال: المخالفة للدلیل المعتبر عند الکل إن رجع إلی الفساد فی الاجتهاد فهو داخل فی القسم السابق و إلّا ففیه

---

(۱) المحقق الرشتی: کتاب القضاء ۱/ ۱۰۹۱۰۸

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۳۹

إشکال من حیث عموم الأدلّة الدالّة علی حرمة النقض و شمولها بالنسبة إلی المقام، و من حیث العلم بکون التکلیف الظاهری لکلّ أحد، هو مؤدّی الدلیل الفلانی حتّی لهذا الحاکم فیرجع إلی العلم بمخالفة حکمه للتکلیف الظاهری حتّی فی حقّ الحاکم فلا أثر فی حکمه کما لو خالف الدلیل العلمی. «۱»

و أمّا الثالث فقد أفاد السیّد الطباطبائی فخصّ جواز النقض بموردین:

۱- علم علماً قطعیاً بمخالفته للواقع بأن کان مخالفاً للإجماع المحقّق أو الخبر المتواتر.

۲- إذا تبیّن تقصیره فی الاجتهاد ثمّ قال ففی غیر هاتین الصورتین لا یجوز نقضه و إن کان مخالفاً لرأیه بل و إن کان مخالفاً لدلیل

قطعی نظریّ کإجماع استنباطی أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع، مع احتمال عدم حصوله للحاکم الأوّل فإن مقتضی إطلاق عدم جواز ردّ حکم الحاکم، عدم جواز نقضه حینئذ إلّا إذا حصل القطع بکونه علی خلاف الواقع فلا یکفی فی جواز النقض کون الدلیل علمیّاً لبعض دون بعض. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ التمسّک بالاطلاق فرع إحراز الموضوع و هو أنّه حکم بحکمهم، و المفروض أنّه لم یحرز إمّا وجداناً کما فیما إذا قامت الحجّة القطعیّة أو تعبّداً کما فی مورد الأمارات التی دلّت الحجّة القطعیة علی صحّة الاحتجاج بها. و معه کیف یصح التمسّک بالإطلاق.

و بذلک یظهر النظر فیما أفاده صاحب الجواهر حیث قال: أمّا القطعی النظری کإجماع استنباطی و خبر محفوف بقرائن و تکثّر أمارات ممّا یمکن وجود عکسها عند الأوّل کما تراه بالعیان بین العلماء خصوصاً فی دعوی الإجماع فلا یبعد عدم جواز النقض به فی غیر ما فرضناه ضرورة اندراج حکم الأوّل فی الأدلّة

---

(۱) الآشتیانی القضاء ۵۶.

(۲) السیّد الطباطبائی ملحقات العروة ۲/ ۲۶ المسألة ۳۲ و لاحظ أیضاً المسألة ۲۸ ط طهران.

المقتضیة لنصبه فإنّ المدار فی صحّته علی معرفة حکمهم بالاجتهاد الصحیح الذی هو أعمّ من القطع النظری و الظن «۱».

یلاحظ علیه: أنّه لا ملازمة بین جواز النصب، و نفوذه علی المجتهد الآخر، فلعلّ عرفانه بالاجتهاد الصحیح فی أغلب الموارد کاف فی جوازه و لا یکون دلیلًا علی کونه حجّة علی المجتهد الذی کشف أنّ الحکم الفعلی هو خلاف ما حکم. کشفاً قطعیاً، بحیث لو کان الأوّل ملتفتاً لقضی به.

و لعلّ ما أفاده فی ذیل کلامه موافق لما ذکرناه حیث قال: و ینقض إذا خالف دلیلًا علمیاً لا مجال للاجتهاد فیه أو دلیلًا اجتهادیاً لا مجال للاجتهاد بخلافه إلّا غفلة و نحوها و لا ینقض فی غیر ذلک. «۲»

ما هو المراد من حرمة النقض؟

إذا اختلف المتبایعان فی نجاسة المبیع و طهارته کالعصیر الذاهب ثلثاه بالشمس، و رأی المشتری نجاسته تقلیداً أو اجتهاداً علی خلاف البائع، و حکم الحاکم بطهارته، فهل یترتّب جمیع آثار الطهارة علی نوع العصیر، أو علی شخصه المتنازع فیه، أو خصوص الأثر الذی بسببه وقعت الخصومة و هو صحّة البیع و تملّک البائع الثمن، و لزوم دفعه إلیه من غیر أن یصحّ للمشتری أن یرتّب سائر آثار الطهارة کإباحة الأکل و الصلاة إذا لم یساعد تکلیفه؟

فعلی الوجه الأوّل یجوز للمشتری القائل بالنجاسة، أن یعامل مع مطلق العصیر، معاملة الطهارة و إن کان خارجاً عن محلّ المرافعة، و علی الثانی یجوز له أن یرتّب علی خصوص المتنازع فیه جمیع آثارها من الأکل و الصلاة، و علی الثالث یجوز أن یرتّب الأثر الذی وقع مورد النزاع و هو لزوم دفع الثمن و کون

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۹۷۹۶.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۹۷۹۶.

البائع مالکاً. و الظاهر هو الثالث لأنّ المتبادر من قوله «فارضوا به حکماً» «۱» هو الرضا بحکمه بمقدار ترتفع به الخصومة و هو الذی

يقبـل الإلـزام، لاـ سـائر الآثـار. من غير فرق بين أن يكون متعلّق القضـاء الطهارة أو أداء الثمن، لأنّ الحكم بالطهارة ليس إلّا فتوى و لا يجب على المحكوم عليه الأخـذ بفتياه خصوصاً إذا كان مجتهـداً أو كان مقلّداً أو كان القاضـى غير أعلم، بخلاف حكمه بأداء الثمن فإنّه حكم قضائى محترم.

نعم يظهر من صـاحب الجواهر، أنّ المترتّب، هو الطهارة حيث قال: كما أنّه لا فرق فى ذلك بين العقود و الإيقاعات و الحلّ و الحرمة و الأحكام الوضـعيّة حتّى الطهارة و النجاسة فلو ترافع شخصان على بيع شىء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من زنا مثلًا، عند من يرى طهارته فحكم بـذلك كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه و إن كان مجتهـداً يرى نجاسته أو مقلِّد مجتهـد كـذلك لإطلاق ما دلّ على وجوب قبول حكمه، و يخرج حينئـذ هذا الجزئى من كلّى الفتوى بأنّ المائع الملاقى عرق الجنب نجس فى حقّ ذلك المجتهد و مقلّديه و كـذا البيوع و الأنكحـة و الطلاق و الوقوف و غيرها، و هـذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثانى ما حكم به الأوّل و إن خالف رأيه. «۲»

و يظهر من السيّد الطباطبائى اختياره أيضاً قال: إذا كان مذهبه اجتهاداً أو تقليداً نجاسة الغسالة أو عرق الجنب من الحرام و اشترى مائعاً فتبيّن أنّه كـان ملاقيـاً للغسالـة أو عرق الجنب من الحرام إلى أن قال ففى خصوص هـذا المورد يعمل بمقتضـى الطهارة و يبنى عليها و ينقض الفتوى بذلك الحكم «۳».

---

(۱) الوسائل ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۹۸.

(۳) السيّد الطباطبائى: ملحقات العروة: ۲/ ۲۷، المسألة ۳۸ و المورد من مصاديق نقض الفتوى بالحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۲

يلاحـظ على مـا ذكراه أنّ المتبـادر من أدلّـة نفوذ القضـاء، هو نفوذه، فى مورد الخصومـة، و هو لزوم أداء الثمن، و عـدمه لا صـيرورة النجس فى نظر المشترى طاهراً بحيث يجوز له شربه و بيعه.

و العجب أنّ السيّد الطباطبائى أفتى فى كتاب التقليد على خلاف ما ذكره هنا حيث قال: إذا كان البائع مقلِّداً لمن يقول بصحّة المعاطاة مثلًا أو العقـد الفارسـى و المشترى مقلِّداً لمن يقول بالبطلان، لا يصحّ البيع بالنسبـة إلى البائع أيضاً لأنّه متقوّم بطرفين فاللازم أن يكون صحيحاً من الطرفين، و كذا فى كلّ عقد كان مذهب أحد الطرفين بطلانه و مذهب الآخر صحّته «۱».

فإذا كان هـذا حال البائع حسب الفتوى فكيف يمكن أن يغيّره حكم القاضـى إلى الصـحّة لأنّ المفروض أنّ القاضـى يُفتى ثمّ يقضـى حسب الفتوى نعم ذهب المشايخ إلى صـحّته بالنسبـة إلى البائع مع تمشـى قصد المعاملة ممّن يرى بطلانها كما عليه السيّد الأستاذ فى تعليقته على العروة و غيره من الأعلام.

و الحقّ أنّ النقض نسبىّ لا مطلق و بذلك يظهر اندفاع ما ربّما يقال: «لا دليل على نفوذ حكمه على مجتهد مخالف لأنّه لا يلتزم بأنّ ما حكم به حكم الإمام عليه السـلام بل يرى أنّه ليس بحكمه فلا تـدلّ الروايات على نفوذ حكم ذلك الحاكم على مخالفيه فى الرأى إذ يجب عنـد ترتّب الأـثر إحراز عنـاوين الموضوعـات و منهـا أنّه حكم الإمام فمهما لا يعلم أنّ ما حكم به هو حكم الإمام فلا دليل على نفوذ حكمه عليه».

يلاحـظ عليه: أنّه إن أراد من قوله: «إنّ مـا حـكم به الأـوّل ليس من أحكـامهم» الموارد الثلاثـة التى يجوز نقضـها، فلاـ كلام فى عـدم النفوذ، إنّما الكلام فى غيرها كنجاسـة الغسالة، أو عرق الجنب عن الحرام، الذى للاجتهاد معه محلّ فلو لم يكن رأى الحاكم نافذاً فى المخالف معه اجتهاداً أو تقليداً، يلزم بقاء

---

(۱) السیّد الطباطبائی: العروة الوثقی باب التقلید، المسألة ۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۴۳

الخصومة لأنّ کلّا یرید العمل برأیه أو برأی مقلّده فتبقی غیر منحلّة و بالجملة ترتّب جمیع آثار الطهارة، أو عدم نفوذه فی حقّ المخالف، بین الإفراط و التفریط و الأوسط ما اخترناه.

هذا کلّه حول الشبهة الحکمیة و أمّا الشبهة الموضوعیة فإن لم یعلم مخالفة حکمه فیها للواقع فلا شکّ فی حرمة النقض و توهّم اختصاص المقبولة بالأُولی مردود، بما فی صدره من اختلاف بعض أصحابنا فی دین أو میراث فإنّ الاختلاف فی الأوّل ینشأ من الشبهة الموضوعیة. و کون حکم القاضی حکماً مبرماً غیر قابل للنقض أثر طبیعة حکمه فلا معنی للفرق بین کون الشبهة حکمیة أو موضوعیة و علی کلّ تقدیر فإن کان هناک تقصیر أو قصور فی الاجتهاد یجب النقض، إذا کان من حقوق الله، و مع المطالبة إذا کان من حقوق الناس، و قال المحقّق الرشتی: ینقض باطناً دون جهار بمعنی تجدید المرافعة من رأس لخوف الفتنة أو الإهانة علی الحاکم الأوّل «۱». و هو کما تری و مراده من النقض باطناً جواز التقاص خفاءً فی غیر الیمین. و أمّا إذا کان القضاء علی وفق الموازین لکن کذّب المدّعی نفسه أو تبیّن أنّ السند مزوّر أو أنّ الشاهدین فاسقان و بعبارة أخری تبیّن الخطأ و علم کون الحکم علی خلاف الواقع الفعلی، نَقَضَه، دون ما إذا ظنّ أو احتمل.

۲- نقض الحکم بالفتوی

قد عرفت عدم جواز نقض الحکم بالحکم إلّا فی موارد خاصّة، فأولی بعدم النقض، نقضه بالفتوی إلّا فی موارد ثلاثة متقدّمة، فبما أنّ الحاکم یفتی أوّلًا ثمّ یقضی ربّما یکون نقض الحکم بالحکم مسبوقاً بالنقض بالفتوی و علی أیّ تقدیر لا یجوز النقض بها فی غیر الموارد الثلاثة. مثلًا لو بدا له فی الحکم بعد حکمه فی جزئی خاص، کما فی تزویج الباکرة بدون إذن أبیها، فحکم بالصحّة لعدم اشتراط

---

(۱) المحقق الرشتی: کتاب القضاء: ۱/ ۱۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۴۴

الإذن عنده فی ذلک الزمان ثمّ تغیّر رأیه، فالتزویج السابق، یکون محکوماً بالصحّة لظهور أدلّته فی عدم جواز نقضه مطلقاً إلّا فی موارد ثلاثة.

۳- نقض الفتوی بالحکم

یجوز نقض الفتوی بالحکم کما عرفته فیما إذا کان مذهب المشتری اجتهاداً أو تقلیداً نجاسة الغسالة أو نجاسة عرق الجنب من الحرام إلی آخر ما عرفت.

۴- نقض الفتوی بالفتوی

إذا مات مقلَّده أو تغیّر رأیه فإنّه یجب علیه العمل بالفتوی الثانیة فیما یأتی دون ما مضی و أمّا الأعمال السابقة فقد اخترنا الإجزاء مطلقاً

سواء کان مستند الفتوى، الأمارات أو الأصول مثلًا إذا تزوّج بکراً، بإذنها ثمّ تبدّل رأیه إلى کون أمرها بید أبیها، لم یضرّ بما سبق نعم یختصّ الإجزاء بما سبق دون ما یأتی و بعبارة أخرى، یحکم على الأعمال السابقة بالصحّة و إن کان له استمرار، و أمّا الموضوع الجدید فیجب العمل فیه على وفق الرأی الحدیث فلو تزوّج بنتاً بإذنها، بفتوى کفایة إذنها دون أبیها، فلا یصحّ التزویج من بعد إلّا من بعد إذن أبیها، و لو توضّأ بالماء القلیل الملاقی للنجس بفتوى عدم انفعاله فالصلوات الماضیة صحیحة لکن طهارة البدن بالنسبة إلى الأعمال الآتیة موضوع جدید یجب إحرازها حسب الفتوى الجدیدة و بالجملة إنّ دلیل الإجزاء فی الأمارات، الذی هو وجود الملازمة العرفیة بین تجویز العمل، و کفایته مطلقاً، لا یؤثّر إلّا فی الأعمال السابقة دون ما یأتی، و تزویج الباکرة بلا إذن أبیها أو تزویج من ارتضعت منه عشرة رضعات عمل واحد قد تمّ و معنى تمامیتها کونه زوجها إلى أن تموت أو تطلّق.

قد عرفت أنّ المحقّق ذکر فی المسألة الثالثة فروعاً ثلاثة و قد فرغنا عن دراسة الفرعین الأوّلین و إلیک

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۵

الفرع الثالث: لو حکم ثمّ تبیّن له الخطأ

لو ثبت عند القاضی ما یبطل حکمه الأوّل أبطله سواء کان من حقوق الله أو من حقوق الناس و فی بعض الکلمات الماضیة «۱» إلماع إلى هذا الفرع، أضف إلیه ما ننقله هنا:

۱- قال ابن حمزة: فإن حکم بخلاف الحقّ سهواً أو خطأً ثمّ بان له، رجع و نقض ما حکم به «۲».

۲- و قال ابن سعید: إذا قضى بقضاء ثمّ بان له فساده نقضه. «۳»

أقول: النقض لا یختصّ بصورة العلم بالخطاء بل یکفی الشکّ و التردّد فی صحّة الحکم السابق فإذا حکم إنشاء لا استیفاء ثمّ عرض له الشکّ أو تبیّن الخطاء فلیس له أن یرتّب الأثر على الحکم السابق لأنّ ما هو شرط ابتداءً شرط استمراراً أیضاً و لأجل ذلک لا یجوز الإفتاء بما شکّ فی صحّته فالعلم و الیقین بصحّة الحکم من شرائط القضاء ابتداءً و استمراراً.

أضف إلى ذلک أنّه إذا طرأ علیه الشکّ ربّما یکون المورد من مصادیق درء الحدود بالشبهات.

و لیس المقام من موارد استصحاب الحکم السابق، لأنّه فیما إذا کان الیقین بالحدوث محفوظاً فی ظرفه و تعلّق الشک بالبقاء و لکنّ الشک فی المقام متعلّق بالحدوث فهو من مصادیق قاعدة الیقین و الشکّ الساری التی لا تشملها أدلّة الاستصحاب کما حرّر فی محلّه.

کما لا تجری فی المقام أصالة الصحّة إذا شکّ فی الصحّة لا إذا تبیّن الخطاء

---

(۱) لاحظ کلام الشیخ فی المبسوط، و ابن البرّاج فی المهذّب، و العلّامة فی الإرشاد و قد مضت نصوصهم.

(۲) ابن حمزة: الوسیلة: ۳۰۹.

(۳) ابن سعید: الجامع للشرائع: ۵۲۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۶

و ذلک لأنّها إنّما تجرى إذا لم تکن صورة العمل محفوظة و إلّا فلو کانت محفوظة و کانت الحالة السابقة و اللاحقة بالنسبة إلى الیقین و الشکّ سواسیه فلا تجرى، کما إذا اغتسل فی الحمام و لم یحرّک الخاتم الذی فی یده، ثمّ شکّ بعد الفراغ عن العمل فی جریان الماء تحته قهراً أو لا، فلا تجرى أصالة الصحّة التی یعبّر عنها بقاعدة الفراغ، إذ لیس هو حین العمل بأذکر من بعده و لذا لو التفت حین العمل، لشکّ مثل الشکّ بعد العمل. و المقام أیضاً کذلک لأنّه لو کان تبیّن له حین القضاء ما تبیّن له بعده، لشکّ فی قضائه.

تمّ الکلام فی المسألة الثالثة بفروعها الثلاثة.

المسألة الرابعة فيها فروع ثلاثة

قد جاء فى هذه المسألة أيضاً فروع ثلاثة:

اشارة

۱- ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله
۲- لو زعم المحكوم عليه أنّ الحاكم الأوّل حكم عليه بجور لزمه النظر.
۳- لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأوّل، أبطله، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس.

أمّا الفرع الأوّل، فليس عدم وجوب التتبّع لأجل أصالة الصحّة فى القضاء السابق

و لا ـ لكونه تفتيشاً فى عيوب الناس بل لأجل عدم الموضوع و هو التخاصم، إذا كان الغرض هو التصويب أو النقض و أمّا إذا كانت الغاية دراسة وضع القضاء فيما مضى، فهو أمر مباح لا دليل على وجوبه و لا على حرمته.

و أمّا الثانى: فلأنّ هذا الادّعاء دعوى جديدة أقامها المحكوم عليه على القاضى

، فيشمله إطلاق ما دلّ على قبول كلّ دعوى من مدّعيها.
نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۷
ثمّ إنّه لو ادّعى الجور فى الأحكام، فهو ليس من موارد البيّنة حتّى يقال البيّنة للمدّعى، لأنّ مورد البيّنة هو الشبهات الموضوعية، و المفروض أنّ ادّعاء الجور فيها شبهة حكمية، فيجب على القاضى النظر فى الحكم فإن كان حقّاً يقبله و إن كان باطلًا يردّه نعم لو كان مضمون الدعوى غير الجور فى الأحكام، بل كان عدم اجتهاد القاضى، أو فسقه أو فسق الشهود فعليه حينئذ البيّنة و ما ربّما يقال من أنّ طلب الاستئناف ردّ لحكمه، غير مسموع إذ فرق بين إنكار الحكم مع الاعتراف بكونه على موازين القضاء المقرّرة و بين ردّه لعدم كونه على وفقها، بحيث لو كان موافقاً لقبله و مثل ذلك ليس ردّاً و لا تشمله المقبولة، و لأجل ذلك يصحّ الاعتراض سواء أ كان القاضى معزولًا أم لا.
و بذلك يظهر أنّ ما اشتهر أنّه لا استئناف فى القضاء الإسلامى، فليس على إطلاقه لأنّه إن أُريد به، وجود دائرة للقضاء الابتدائى، و دائرة للاستئناف، و دائرة ثالثة للقضاء النهائى فالنفى حقّ، لأنّ الفقيه الجامع للشرائط لا تتحدّد مسئوليته بمرحلة خاصّة.
و إن أُريد أنّه إذا تمّ القضاء يصحّ للمحكوم، أن يعترض على القضاء البدئى من دون أن يوجّه شكواه إلى شيء من العناصر المؤثرة فى القضاء فالنفى أيضاً حقّ.
و إن أُريد أنّ للمحكوم بعد صدور الحكم أن يعترض على أحد العناصر المؤثّرة فيه و أنّه لم يكن جامعاً للشرائط كعدم أهلية القاضى للقضاء، أو فسق الشاهدين أو الجور فى الحكم أو غير ذلك، فالنفى غير صحيح لما عرفت من أنّ للمحكوم أن يعترض على القضاء و برفع شكواه إلى قاض آخر.
و سيوافيك الكلام فى هذا الموضوع فى المستقبل.

و أمّا الفرع الثالث: فهو مبنى على كون الحقوقين من باب واحد

سواء كان هناك مطالب أو لا، و أمّا على ما هو المعروف من الفرق بينهما و أنّ الأوّل ليس

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۸

رهن مطالب بخلاف الثانى فيشكل النقض مع عدم المطالب.

و بما أنّ نظام القضاء قد وقع فى قفص الاتّهام و اتّهم، بعدم الاستئناف الذى يعد اليوم من كمال النظام القضائى فلنردّ عنه سهام التهمة، بالبحث الموجز فيه.

الاستئناف فى القضاء

اشارة

قد عرفت موقف القضاء الإسلامى فى تجديد المرافعة و استئناف المحاكمة على وجه موجز و قد أجمل الفقهاء الكلام فيه و بذلك صار غرضاً لأعداء الإسلام فناقشوا نظام القضاء بأنّه فاقد لهذا الأصل الحيوىّ فى مهمّة القضاء، فإنّ القضايا المطروحة فى المحاكم بين واضح بسيط لا يحتاج إلى قضاء مجدّد، و غامض معقَّد، تتوقّف إصابة الواقع إلى محاكمة من هو أبصر منه و أكثر تجربة و أعرف بالأصول و القوانين و على زعمهم ضرب الإسلام الجميع بسهم واحد و تعامل معهم معاملة واحدة.

و قد أفرطت المحاكم الدولية فى العالم، حيث جعلوا لغالب القضايا مراحل متعدّدة و بذلك فوّتوا الوقت على أكثر المراجعين، حيث لا يتمّ القضاء النهائى إلّا بعد مرور سنين. فهل فرّط من نفى الاستئناف من رأس، و جعل لكلّ مرافعة، مرحلة واحدة؟!

و لنذكر أُموراً.

۱- اختلاف كلمات الفقهاء

إنّ كلمات الفقهاء فى ذلك مختلفة فالمحقّق النراقى، على النفى المطلق و صاحب الجواهر و السيّد الطباطبائى على التفصيل و إليك كلماتهم:

قال النراقى: لو ترافعا عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لهما الترافع عنده أو عند غيره ثانياً فى هذه الواقعة مخصوصاً، و لو ترافعا لا يجوز للحاكم سماع الذى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۹

فيه «۱».

و قال صاحب الجواهر: بل ربّما يتوّهم عدم محلّ للدعوى و إن تراضى الخصمان بتجديدها عند الحاكم الثانى، و إن كان الأقوى خلافه، بل الأقوى نفوذ حكمه و إن اقتضى نقض الحكم الأوّل. «۲»

و قال السيّد الطباطبائى: ليس للمحكوم عليه بعد تمام المرافعة و الحكم، مطالبة تجديدها عند حاكم آخر أو عند الأوّل و هل يجوز ذلك مع رضى الطرفين أو لا قولان: أقواهما الأوّل كما اختاره فى الجواهر إذ الظاهر عدم صدق ردّ الحكم خصوصاً إذا كان لاحتمال

خطأ الحاکم لا سیّما إذا کان الحاکم أیضاً أراد تجدید النظر فی مقدّمات الحکم. «۳»

۲– مورد البحث غیر المواضع الثلاثة

إنّ محل البحث فی غیر الموارد التی یجوز فیه تجدید النظر و النقص عند تبیّن الخطأ فی الحکم، بقسمیه أو فساد اجتهاده أو عدم کون القاضی أهلًا و نحو ذلک، و إلّا فلا خلاف فی جواز النقض.

۳– الموانع الماثلة أمام تجدید المرافعة

إنّ الموانع الموجودة حول تجویز الاستئناف عبارة عن الأمور التالیة:

أکون الاستئناف و تجدید المرافعة ینافی التسلیم و القبول الذی أُمرنا به فی المقبولة.

---

(۱) النراقی: المستند: ۲/ ۵۰۴، المسألة التاسعة من البحث الثالث فی بعض الأحکام المتعلّقة بالقاضی.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۹۴.

(۳) السیّد الطباطبائی: ملحقات العروة: ۲/ ۲۶ المسألة ۳۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۵۰

ب ما أطبقوا علیه تبعاً للنصوص من أنّ حلف المنکر یذهب بحق المدّعی و إن کان محقّاً فلا تجوز له المقاصّة و لا التصرّفات الآخر.

روی الصدوق بإسناده عن عبد الله بن أبی یعفور أنّ رسول الله قال: «من حلف منکم علی حقّ فصدِّقوه، و من سألکم بالله فأعطوه، ذهبت الیمین بدعوی المدّعی و لا دعوی له» «۱».

قال المحقّق: إنّ المنکر إمّا أن یحلف أو یردّ أو ینکل فإذا حلف سقطت الدعوی و لو ظفر المدّعی بعد ذلک بمال لم تحلّ له المقاصّة و لو عاود المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

لو أقام بیّنة بما حلف علیه المنکر، لم تسمع و أضاف فی الجواهر قوله: «کما هو المشهور بل عن خلاف الشیخ و الغنیة الإجماع علیه، و لا حقّ له فلا تکون البیّنة حجّة» «۲».

ج ما ذکرناه من أنّه بعد القضاء لا موضوع (النزاع) علی صعید التشریع، و معه کیف تعمّه أدلّة القضاء العامّة و وجود النزاع فی الأذهان لیس موضوعاً لها بل النزاع الذی لم یحکم علیه، و لم یقطع و لم یفصَّل و بعد الحکم و القطع و الفصل، لا- موضوع علی صفحة التشریع حتّی تشمله الأدلّة.

هذه هی الجهات الماثلة أمام تجویز الاستئناف فلا بدّ من دراستها و الوقوف علی مدی تأثیرها فی منع تجدید النظر.

أ– تجدید النظر غیر الاستنکار

أمّا المانع الأوّل، فالظاهر أنّ المراد من الردّ، هو الاستنکار و الإعراض عن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲ و لاحظ الباب ۱۰.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۷۳۱۷۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۵۱

حكم القاضى متوجّهاً إلى التحاكم لدى الطواغيت و النزول فى حكمهم و ذلك بشهادة أنّه جاء فى صدر الحديث: «من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت و ما يحكم له، فإنّما يأخذ سحتاً و إن كان حقّاً ثابتاً، إلى أن قال: قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران من كان منكم من روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فإنّى قد جعلته عليكم حاكماً» فعند ذاك قال: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما استخف بحكم الله و علينا ردّ». «۱»

فكم هو الفرق بين طلب تجديد النظر عند نفس القاضى أو قاض آخر ليحكم حسب الموازين الواردة فى المقبولة و غيرها، و بين رفض حكم القاضى مستنكراً عليه، راجعاً إلى محاكم طاغوتية؟ و المحرّم هو الثانى دون الأوّل و تجديد النظر فى الأوّل لأجل طلب الواقع أكثر ممّا كان، و فى الثانى: لأجل القضاء لصالح أحد الطرفين أو لاستنكار النظام السائد، و الشاهد عليه وراء ما ذكرنا تمثيل المقام بأنّه على حدّ الشرك بالله و هو يناسب الرفض، لا طلب تجديد النظر لغاية إصابة الواقع أكثر من الوضع الموجود.

ب- ذهاب الحقّ باليمين حكم ثانوى

اشارة

و أمّا الثانى: أى ذهاب الحقّ باليمين فهل المراد أنّ اليمين الكاذبة يذهب بالحقّ واقعاً و حقيقة و يصبح مال المدّعى، ملكاً للمنكر حقيقة لا سبيل إلى هذا أبداً و لا يتفوّه بذلك أحد من الفقهاء كيف و الرسول الأكرم صلَّى الله عليه و آله و سلَّم يقول: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من البعض، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعة من النار» «۲».

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۲

أو المراد الذهاب حسب الحكم القضائى الذى هو أشبه بالحكم حسب العنوان الثانوى فليس للمدّعى أخذ المال الذى حلف عليه المنكر كاذباً و لا المقاصّة عن دينه و لا التصرّفات الآخر، كل ذلك احتراماً للحلف و تكريماً للحكم، و إن كان خاطئاً أو كاذباً فى الواقع، فيكون المقصود منه نفوذ حكمه و لزوم العمل به و ليس للطرفين و لا لطرف واحد، الاعتراض عليه. و يكون مفاده متّحداً مع مفاد المقبولة، فبما أنّ الذهاب لم يكن واقعياً بل ثانوياً، يدور نفوذ القضاء مدار وجود الموضوع فإذا نقض الحكم، و ارتفع، فيتبعه ما ترتّب عليه.

محاولات للجمع بين ذهاب الحق و تجديد النظر

۱- لو افترضنا أنّ المتخاصمين اتّفقوا عند الرجوع إلى القاضى أن يكون لهما، أو لكلّ واحد منهما تجديد النظر بعد ذلك، فهل الروايات تدفع ذلك الاشتراط أو هى ساكتة منصرفة عن هذه الصورة أو افترضنا أنّه لم يكن منهما اتّفاق على هذا و لكن دائرة القضاء قسّمت القضايا المطروحة على قسمين، قسم يتمتّع من تجديد النظر إذا رضى المتخاصمان، و قسم ليس له هذا الشأن، و نفترض أنّ المتخاصمين خاضا الترافع على ذلك الأصل، فهل يكون هذا النوع من الاشتراط أو الأصل المصوَّب، مخالفين للمقبولة، و بالتالى يكون مخالفاً للسنّة أو لا؟ الظاهر لا، لانصرافها عن هذه الصورة أى اتّفاق المتخاصمين على التجديد بعد القضاء. نعم لو كان لرواية ذهاب الدعوى باليمين إطلاق يعمّ حالة الاشتراط، أو الخوض فى القضاء بانياً على الأصل المصوّب، يكون الاشتراط، أو البناء مخالفاً

للسنّة و الشرط المخالف لها لا یکون نافذاً أو یختصّ الرجوع بما إذا کان الفصل بغیر الیمین.

۲- إذا کان المراد من الاستئناف هو تجدید المرافعة أی دعوة المدّعی لإقامة البیّنة، و المنکر للتحلیف ثانیاً کان لما ذکر وجه، و أمّا إذا کان المراد، تجدید النظر فی الأسس التی قام الحکم علیها و صدر القاضی عنها فلو کان موافقاً للحق لزم

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۵۳

و إلّا أبطل، فعندئذ یدخل الموضوع فیما ذکره المحقّق فی المقام حیث قال: «لیس علی الحاکم تتبع حکم من قبله و لکن لو زعم المحکوم علیه أنّ الأوّل حکم علیه بالجور لزم النظر ....

۳- إذا تمّت عملیة المحاکمة لدی القاضی و بان الحقّ لدیه و اتّضح الباطل و لکن توقف عن إصدار الحکم و إنشائه حتّی تتمّ المحاکمة الثانیة و إن استلزمت إقامة البیّنة من جدید، و التحلیف ثانیاً فعند ذلک إذا کانت النتیجة واحدة أنشأ الحکم و إلّا أمسک فیصحّ الاستئناف بناء علی أنّ ذهاب الحقّ بالیمین لیس أثر نفسها بل أثر الحکم الذی افترضنا عدم صدوره.

ج- النزاع غیر مرفوع لدی الاشتراط

و أمّا الثالث و هو عدم الموضوع للقضاء بعد صدور الحکم، فهو غیر مرفوع إذا کان الترافع علی وجه مشروط أو بناء علی الأصل المصوّب لدی دائرة القضاء فإنشاء الحکم علی هذا الأصل لا یقطع النزاع حتّی علی صعید التشریع و لهما، أن یطلبا بجدید النظر ثانیاً. علی أنّ الإشکال یتمّ علی الوجه الثانی من الوجوه الثلاثة و أمّا علی الوجه الثالث، فالحقّ و إن تبیّن لدی القاضی الأوّل، و لکن الحکم الفاصل بعد لم یصدر و معه فالنزاع بعد باق، حتّی یتمّ القضاء النهائی. و الله العالم.

المسألة الخامسة: فی الشکوی علی قضاء القاضی

اشارة

الشکوی علی قضاء القاضی إذا کانت جامعة للشرائط دعوی مسموعة و

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۵۴

ما ربّما یتوهم من أنّ إقامة الدعوی علی الفقیه المأذون إهانة لمقام الإمامة غیر تام لأنّه لم ینصب رجلًا معصوماً للقضاء حتی تُعدَّ الشکوی إهانة علیه و علی ضوء هذا فلو ادّعی أحد أن المعزول بل و غیر المعزول قضی علیه بشاهدین فاسقین، فهو موضوع قابل للسماع و تحقیق الحقّ فی المسألة یتوقّف علی الکلام فی موضعین:

الأوّل: فی وجوب إحضاره مطلقاً حرّر المدّعی الدعوی أم لم یحرّر، أقام البیّنة أو لا.

الثانی: إذا أحضر فإن اعترف بما ادّعی علیه فهو و إن قال: لم أحکم إلّا بشهادة عدلین فهل یُکلَّف بالبیّنة أو بالیمین أو یقبل قوله مطلقاً؟ و إلیک الکلام فی الموردین:

أمّا الأول: فإن أقام المدّعی بیّنة علی مدّعاه فلا شکّ فی وجوب الإحضار لکونها دعوی مسموعة تشملها إطلاقات أدلّة القضاء فی الکتاب و السنّة، و إنّما الکلام إذا کانت الدعوی مجرّدة عن البیّنة فهل یجوز أو یجب الإحضار أو لا؟ وجوه:

۱- السماع لاحتمال الإقرار أو تحلیفه و هذا کاف فی لزومه و هو خیرة المحقّق فی الشرائع «۱» و العلامة فی الإرشاد «۲» و الشهید الثانی فی المسالک «۳».

۲- عدم السماع إمّا بنحو عدم الوجوب أو عدم الجواز. قال المحقّق الأردبیلی: قیل لا یجب، بل یمکن أن لا یجوز فإنّه موجب لهتکه،

و زهد القضاة عن القضاء، و لأنّه أمين عام فالظاهر وقوع فعله على الوجه الشرعى «۴».

---

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۷۶.

(۲) العلامة الحلى، إرشاد الأذهان، ۲/ ۱۴۲.

(۳) زين الدين العاملى، مسالك الافهام، ۲/ ۴۰۰.

(۴) الأردبيلى مجمع الفائدة ۱۲/ ۸۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۵

۳ التفصيل بين ذكر ما يُستعدى عليه و غيره. قال الشيخ فى المبسوط: «فإن اسْتُعْدِىَ على حاكم كان قبله لم يحضره حتى يُبيّن ما يستعدى عليه لأجله احتياطاً للمعزول و خوفاً من الامتهان «۱» و الابتذال» و هو خيرة العلّامة فى القواعد، حيث قال: «و لو استعدى على الحاكم المعزول فالأولى للحاكم مطالبته بتحرير الدعوى صوناً للقاضى عن الامتهان فإذا حرّرها أحضره» «۲».

۴- استدعاؤه إلى داره. نقله فى مفتاح الكرامة عن بعض العامّة، حيث أوجب على الحاكم إحضار ذى المروءة إلى داره دون مجلس الحكم. «۳»

هذه هى الأقوال التى عثرت عليها و غير خفىّ على الفقيه النابه أنّ المقام من قبيل التزاحم فإنّ كون المدّعى مُحقّاً أمر محتمل كما أنّ الإهانة لذوى المروءات و الشخصيات المحترمة من غير فرق بين القاضى و غيره أمر محرّم قطعاً فيجب على الحاكم الإمعان و الدقّة فإن تفرّس من القرائن الموجودة حول المدّعى و المدّعى عليه و الحقّ الذى يدّعيه، أنّ الدعوى أمر واه فلا يرتّب عليه أثراً لانصراف أدلّة القضاء من مثله و إلّا فيحضره على وجه خال عن الإهانة.

و ربّما يحتجّ على الإحضار بحضور الإمام على عليه السلام فى مجلس القضاء مع الخصم و لكنّه لا يصلح للاستشهاد على المقام لأنّ حضوره فيه مع كونه حاكماً أعلى، ما كان يزيده إلّا علواً و شأناً و لا يشينه بخلاف إحضار القاضى المعزول أو غيره إلى المحكمة.

و أمّا إذا لم يتفرّس ذلك و احتمل كون المدّعى محقّاً فعليه أن يحضره جامعاً بين الحقّين من غير فرق بين أن يحرّر الدعوى أو لا.

نعم سيرة المحاكم الدوليّة على لزوم تحرير الدعوى و بدونه لا يترتّب عليها أثر.

هذا كلّه حول الأمر الأوّل، و أمّا الأمر الثانى و هو كيفية الحكم إذا اقيمت

---

(۱) أمهن الشىء: أى احتقره و أبتذله.

(۲) فخر المحقّقين، الإيضاح، ۴/ ۳۲۲ قسم المتن.

(۳) العاملى، مفتاح الكرامة، ۱۰/ ۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۶

الدعوى على أنّه قضى بشاهدين فاسقين فإليك الكلام فيه فننقل من الأقوال ما يفيدنا فى المقام:

قال الشيخ فى الخلاف: إذا عزل حاكم فادّعى عليه إنسان أنّه حكم على شهادة فاسقين و أخذ منه مالًا و دفعه إلى من سأل عن ذلك. فإن اعترف به لزمه الضمان بلا خلاف. «۱»

و قال المحقّق: «فإن حضر و اعترف به الزم». إلى غير ذلك من العبارات. «۲»

و الحقّ أن يقال: أنّه ضامن مع العلم بالفسق أو التقصير فى طلب المزكّى حيث حكم بمجرّد الشهادة مع عدم ثبوت الحكم إلّا بالبيّنة العادلة. و أمّا لو كان خطأ يكون على بيت المال. روى الصدوق بإسناده عن الأصبغ بن نباتة قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام إنّ ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين «۳».

و لو كان هناك تدليس من الشهود يستقرّ الضمان عليهم. هذا إذا أقرّ بفسق الشاهدين على النحو الذى عرفت و أمّا إذا لم يعترف فهناك أقوال:

۱- يحلف القاضى لو لم يكن للمدّعى البيّنة

و إن أنكر كان على المدّعى، البيّنة «۴» و إن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه و لا تجب عليه إقامة بيّنة على صفة المشهود. و هو خيرة الشيخ فى

---

(۱) الطوسى: الخلاف ج ۳ كتاب القضاء المسألة ۸.

(۲) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۷۶.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

(۴) بيّنة المدّعى إنّما تنفع فى ضمان القاضى إذا شهدت بعلم القاضى بفسقهما، و أما إذا شهدت بفسقهما وحده يكون الضمان على بيت المال.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۷

الخلاف «۱» و نقله عن الشافعى أيضاً مستدلًا بأنّ الظاهر من الحاكم أنّه أمين كالمودع فلا يطالب بالبيّنة و يكون القول قوله.

۱- و قد أفتى به الشيخ أيضاً فى المبسوط لا فى خصوص هذه المسألة (حَكَمَ بشاهدين فاسقين) بل فى مطلق ما إذا اسْتُعدِىَ على الحاكم حيث قال: فإن اعترف الزم و إن أنكر قضى بينهما كما يقضى بينه و بين غيره. «۲»

۲- يُكلَّف القاضى بإقامة البيّنة

اشارة

يكلّف القاضى بإقامة البيّنة على ذلك، لأنّه قد اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره (كما إذا كان مورد المرافعة ادّعاء الدين) و هو يدّعى ما يزيل ضمانه عنه فلا يقبل. و هو خيرة أبى حنيفة كما فى الخلاف «۳» و خيرة الشيخ فى المبسوط قال: قال بعضهم يجب عليه إقامة البيّنة أنّه حكم بعدلين و هو الأقوى عندى لأنّه إذا اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره، و هو يدّعى ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه «۴»، إلّا إذا ثبت أنّه قضى بعدلين.

يلاحظ عليه بأمرين:

أ: أنّ المدّعى و المنكر من المفاهيم العرفية الرائجة بين العقلاء فالمدّعى عندهم من لو ترك تُرك و هو لا- ينطبق فى المقام على القاضى. بل ينطبق على من ادّعى عليه و لو عرّف بمن خالف قوله الأصلَ أو الظاهرَ و هو أيضاً ينطبق على من استعدى عليه.

---

(۱) الطوسى: الخلاف ۳/ كتاب القضاء المسألة ۸.

(۲) الطوسى: المبسوط ۸/ ۱۰۲.

(۳) الطوسی: الخلاف ۳/ کتاب القضاء المسألة ۸

(۴) المبسوط ۸/ ۱۰۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۵۸

ب- لیس مطلق نقل المال موجباً للضمان فإنّ الوکیل یعترف بذلک و لیس بضامن بل إذا کان فی النقل مفرطاً و الأصل عدمه. «۱»

۳- یُصدَّق بلا یمین

یُصدّق القاضی فی ادّعائه بلا یمین لا لکونه أمین الشرع فیصان منصبه عن الامتهان و الابتذال کما فی المسالک ۲ بل لما مرّ فی بحث عمل القاضی بعلمه من اتفاق الفقهاء علی جواز عمله بعلمه فی موارد تزکیة الشاهدین، فإذا کان علمه فی المورد حجّة فیکون إخباره عن ذلک حجّة أیضاً للملازمة کما لا یخفی.

اللّهم إلّا أن یقال علمه و ادّعاءه إنّما یکون حجّة إذا لم یکن القاضی طرفَ النزاع و أما إذا کان طرفاً له فلا و قد مضی الکلام فیه فی محلّه.

المسألة السادسة: فی شرطیة التعدّد فی المترجم و عدمها

اشارة

إذا افتقر الحاکم إلی مترجم فهل یکفی المترجم العدل الواحد، أو لا بدّ من التعدّد؟ المشهور هو التعدّد.

قال الشیخ فی الخلاف: الترجمة لا تثبت إلّا بشهادة شاهدین لأنّها شهادة و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفة و أبو یوسف: لا یفتقر إلی شهادة عدل بل تقبل فیه شهادة واحد لأنّه خبر، بدلیل أنّه لا یفتقر إلی لفظ الشهادة دلیلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع علی قبوله، و ما ادّعوه لیس علیه دلیل و قد اعتبر الشافعی لفظ

---

(۱) ۱ و ۲ زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۴۰۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۵۹

الشهادة فی ذلک «۱».

أقول: إنّ دلیل الشیخ یرجع إلی الأخذ بالاحتیاط و هو مرجع إذا لم یکن دلیل اجتهادی یدلّ علی کفایة واحد.

و قد طرحه فی المبسوط من غیر ترجیح أحد القولین قال:

فمن قال: الترجمة شهادة. ینظر فیما یُترجم عنه فإن کان مالًا أو فی معناه ثبت بشهادة شاهدین، و شاهد و یمین، و إن کان ممّا لا یثبت إلّا بشاهدین کالنکاح و النسب و العتق و غیر ذلک لم یثبت إلّا بشاهدین عدلین، و إن کان حدّ الزنا فأصل الزنا لا یثبت إلّا بأربعة و الإقرار، قال قوم یثبت بشاهدین لأنّه إقرار و قال آخرون لا یثبت إلّا بأربعة لأنّه إقرار بفعل موجِب أن لا یثبت إلّا بما یثبت به ذلک الفعل کالإقرار بالقتل «۲».

یلاحظ علیه: بأنّه لو افترضنا أنّ الترجمة من مصادیق الشهادة لکن لیس المشهود به هو الإقرار بالمال، حتّی یکتفی فیه بشاهد و یمین. و لا النکاح و النسب و العتق، حتّی لا یثبت إلّا بشاهدین، و لا الزنا حتّی لا یثبت إلّا بأربعة و الإقرار، بل المشهود به، هو إقراره بکذا و کذا، و أنّه یقول کذا و کذا، فلا یعتبر فیه إلّا ما یعتبر فی ثبوت الإقرار. فإسراء حکم المقرّ به إلی الترجمة غریب جدّاً.

و علی کل تقدیر فهل الترجمة من مصادیق الشهادة فیعتبر فیها وراء التعدّد البلوغ و العدالة المفروغین عن اعتبارهما أو لا؟ و الظاهر

فی کلام المحقّق أنّه لم یتّضح عنـده أنّها من أیتهما فأخذ بالقدر المتیقّن و قال: و لا یقتنع بالواحد عملًا بالمتفق علیه. و هو اللائح من کلام صاحب الجواهر حیث قال: إذا شـککنا أنّه من موضوع الشهادهٔ أو الروایهٔ و لا أصل و لا إطلاق ینقّح أحدهما فیجری علیه حینئذ حکم الشهادهٔ من التعدّد و لو لأنّه المتیقن بخلاف غیره.

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳/ کتاب القضاء، المسألهٔ ۹.

(۲) الطوسی: المبسوط ۸/ کتاب القضاء، ۱۰۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۰

أقول: إنّ الشهادهٔ من الشهود بمعنی الحضور قال سبحانه: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْکُمُ الشَّهْرَ فَلْیَصُمْهُ) (البقرهٔ/ ۱۸۵). و إنّما سمّی الشاهد، شاهداً، لأنّه یحضـر الواقعهٔ و یشاهدها و یعاینها، قال فی اللسان: المشاهدهٔ، المعاینهٔ و شهد شهوداً: حضره فهو شاهد، و الفرق بینه و بین الخبیر أنّه إذا ضیف إلی الباطنهٔ یقال: خبیر و إلی الأمور الظاهرهٔ فهو الشهید «۱».

و عرفت الشهادهٔ بوجوه:

۱- الشهادهٔ خبر قاطع «۲»

۲- الشهادهٔ الإخبار عن الیقین «۳».

یلاحـظ علیهمـا، أنّهمـا غیر مطردین لانتقاضـهما بإخبـار العـالم الفیزیائی عن ترکّب عنصـر الماء من جزءین، فهل تصـحّ تسـمیهٔ ذلک بالشهادهٔ بحجّهٔ أنّه خبر قاطع، أو إخبار عن الیقین.

۳- إخبار جازم عن حقّ لازم لغیره «۴».

یلاحظ علیه: أنّه لا یشترط فی موردها وجود الحقّ کالشهادهٔ علی رؤیهٔ الهلال أو شهادهٔ المقوّم علی القیمهٔ و القاسم علی المقدار.

۴- الخبر الصـادر فی مقـام التوقّع و الانتظـار فکـلّ خبر کـان مسـبوقاً بسؤال محقّق أو مقـدّر، بمعنی وقوعه فی مقـام انتظار شـخص له کالهلال، هو شـهادهٔ و من ذلک تخرج الروایات عن الشـهادهٔ لأنّها إخبار ابتدائیهٔ غیر مسـبوقهٔ بسؤال عن مضامینها تحقیقاً أو تقدیراً. و علی هذا تدخل الترجمهٔ تحت الشهادهٔ فیعتبر فیها التعدّد للإجماع علی اعتباره فیها «۵».

---

(۱) اللسان: ۴/ ۲۹۳ مادهٔ «شهد».

(۲) ابن منظور: اللسان ۴/ مادهٔ «شهد».

(۳) ابن الأثیر: النهایهٔ ۲/ مادهٔ «شهد».

(۴) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۴۴۵.

(۵) الرشتی: القضاء ۱/ ۱۱۷. نقله عن شیخه الأنصاری.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۱

یلاحـظ علیه: أنّه إذا کان هجوم العـدو متوقعاً، و أخبر الرائـد بقربه من البلـد، فهل تری أنّه یسـمّی شـهادهٔ؟! لأجل کون المخبر به أمراً متوقّعاً.

۵- الشهادهٔ إخبار عن ثبوت الشیء فی مظانّ انکاره «۱»

۶- إنّ المرجع فی تشـخیص الشـهادهٔ عن غیرهـا هو العرف و لأجل ذلک تکون الترجمـهٔ تارهٔ من قبیلها و أخری من مصادیق الروایـهٔ. فإذا أرید بها إثبات ما یترتّب علیه الحکم کشـهادهٔ الشاهد احتیجت إلی التعدّد، ضـرورهٔ أنّها حینئذ بمنزلهٔ شـهادهٔ الفرع التی لا بدّ فیها من التعدّد لأنّها شـهادهٔ حینئذ و حیث یراد منها بیان المراد فی غیر ذلک کانت روایهٔ و تکفی فیها الواحدهٔ و لعلّ منه بیان عبارهٔ المقلَّد

مثلًا لمقلّديه أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلًا ليذكر حكمه و نحو ذلك ممّا لا يعدّ شهادة بل هو قسم من الرواية و لو بالمعنى «۲».

هذا ما قيل حول الشهادة و فى المقام فنقول: إذا كانت الشهادة مأخوذة من الشهود بمعنى الحضور فلا بدّ أن يكون فى المقام واقعة شهدها الشاهد و غاب عنها القاضى، و هل ترجمة مقاصد المترافعين أو الشاهدين داخل تحت تلك الضابطة، و هل هناك شاهد و حاضر، و غائب عن الواقعة؟!. اللهم إلّا أن يقال أن جهل القاضى باللغة جعله كالغائب عنها و هو كما ترى.

تحليل المسألة بوجه آخر

إذا لم نقل بوجود إطلاق أو عام يدلّ على حجّية الخبر العادل فى جميع الموارد، أو قلنا بوجود أحدهما و لكن قلنا بأنّ الترجمة من مصاديق الشهادة، فلا

---

(۱) الآشتيانى: القضاء: ۶۰، نقله عن شيخه الأنصارى، و يبدو أن الكتابين تقريران لمحاضرات الشيخ الأعظم، غير أنّ المحقّق الرشتى أتى بلبّ المراد، و المحقّق الآشتيانى بسط الكلام فى المسائل.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۶۲

إشكال فى اعتبار التعدّد.

و أمّا إذا قلنا بوجود إطلاق فى دليل حجّيته من غير فرق بين الأحكام و الموضوعات، لكن خرج منه باب الشهادة و لكنّ الخارج مردّد بين الأقل و الأكثر أى بين شمولها للترجمة و عدمها، صارت الترجمة شبهة مصداقية للعام بعد التخصيص بالشهادة، و قد قلنا فى محلّه، بجواز التمسّك بالعام فيما إذا كان منشأ الشبهة فى المصداق كون المخصّص دائراً بين الأقل و الأكثر كدوران الفسق بين ارتكاب الكبيرة أو هى و الصغيرة، فيصحّ التمسّك بعموم أكرم العلماء بعد التخصيص بإخراج الفاسق من العلماء.

نعم ذكر صاحب الجواهر أنّ الرواية و الشهادة نوعان متباينان و أنّ التعدّد مقوّم للشهادة، قال: وضوح التباين بين الرواية و الشهادة فى العرف الذى هو المرجع فى أمثالهما بعد معلومية عدم الوضع الشرعى فيهما و عدم الإجمال. و اعتبار التعدّد فى موضوع الشهادة لا أنّه هو المميّز لها عن الرواية، و كون جنسهما الخبر لا يقتضى أنّها قسم منه بل هما نوعان متمايزان فى العرف «۱».

يلاحظ عليه: أنّه بعد تسليم كون الخبر جنساً للرواية و الشهادة، تكون الرواية بالمعنى اللغوى أيضاً جنساً للشهادة لا نوعاً مثلها، فإذا قال نبأ أو خبر أو رواية العادل حجّة، يعمّ كلامه الأحكام و الموضوعات و الشهادة، خرج عنه الأخير حيث يعتبر فيه التعدد، و مع الشكّ فى الترجمة يتمسّك بعموم العام، على النحو الذى عرفت.

اللّهم إلّا إذا أراد من الرواية، المعنى المصطلح منها و هو الإخبار عن المعصوم فى مجال الأحكام.

و على ذلك فالظاهر هو الاكتفاء بمترجم واحد. و مع ذلك كلّه ففى

---

(۱) النجفى: الجواهر ۴۰/ ۱۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۶۳

النفس من الاكتفاء به شىء و هو أن اشتراط التعدّد فى الشاهد فى مورد، حاك عن عناية الشارع بثبوته عند القاضى بشخصين، فإذا اكتفينا بمترجم واحد فى مورد التعدّد، يكون معناه أنّه اكتفى فى ثبوت الموضوع بواحد و لو فى الحلقة الأخيرة، و المترجم و إن كان لا يشهد إلّا على إقراره و مفاد كلامه و لا يشهد على الزنا و لا السرقة إلّا أنّ القاضى يتوصّل إلى الواقع عن طريقه و معنى ذلك جواز

توصّله إليه بشخص واحد و هو خلاف المطلوب فالأحوط لو لم يكن الأقوى هو التعدّد، كما عليه المحقّق و إن كان طريقنا إلى إثبات الحكم غير طريقه. و الله العالم.

المسألة السابعة: فی صفات كاتب القاضی

إنّ القضاء غالباً لا ـ ينفكّ عن كتابة دعوى المدّعی و خصوصياته، و إقرار الآخر أو إنكاره، و ما يرتبط بهما، فلأجل ذلك كانت القضاة من لدن زمان قديم يتّخذون كاتباً يكتب المحاضر و السجلات و ما يرجع إليهما فيقع الكلام فی شرائطه فذكر المحقّق أنّه يشترط: أن يكون بالغاً، عاقلًا، مسلماً، عدلًا بصيراً ليؤمن انخداعه و إن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً. و أضاف صاحب الجواهر أن يكون جيّد الكتابة و ادّعى على هذه الشروط عدم الخلاف.

قال الشهيد الثانی: ينبغی للحاكم أن يتّخذ كاتباً لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضر و السجلات و الحاكم لا يتفرغ لها غالباً و من المشهور أنّه كان لرسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم كُتّاب و كذا لغيره من الخلفاء و يشترط أن يكون الكاتب بالغاً، عاقلًا، مسلماً عدلًا ليؤمن خيانته، عارفاً بما يكتبه من المحاضر. و غيرها لئلا يفسدها و يستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة لكيلا يخدع

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۶۴

من غيره بمال و غيره و أن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل و أن يكون جيّد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع فی الغلط و الاشتباه و الأولى أن يُجلس الحاكم الكاتب بين يديه ليملی عليه و يشاهد ما يكتب و لبعض الشافعية قول: إنّه لا ـ يشترط فيه الإسلام و العدالة لأنّ القاضی لا يمضی ما كتبه حتى يقف ما عليه «۱».

و إلى الكلام الأخير أشار صاحب الجواهر و قال: ربّما يقال بعدم الاشتراط. لأنّ ثمرة الكتابة تذكّر ما كان و إلّا فهی ليس بحجّة شرعاً و حينئذ فلا ـ عبرة بشیء من هذه الأوصاف ضرورة أنّه مع الذكر بها يجری عليها الحكم و إلّا فلا ـ و إن كان الكاتب بالأوصاف المذكورة. نعم معها غالباً تحصل الطمأنينة إلى ما يجری عليها الحكم.

و أورد عليه: بأنّ ثمرتها لا تنحصر فيما للتذكّر فيه مدخلية بل قد تكون مراسلة إلى القضاة و غيرهم، و أمراً و نهياً فيما يكون فيه زيادة و نقيصة و تغيير و تبديل فلا بدّ أن يكون معتمداً عليه و هو فرع هذه الأوصاف «۲».

أقول: يرد عليه مضافاً إلى ما ذكره أنّه كلام من لم يمارس القضاء إذ لا يمكن للقاضی أن يعتمد على ذاكرته فی كلّ صغير و كبير، بل لا بدّ أن يعتمد على السجلات و التقارير المكتوبة المؤرخة و مع ذلك فكيف يمكن أن يعتمد على الكاتب غير الأمين و إلا لزم الفوضى و اختلال نظام القضاء كما هو معلوم للممارس.

و على ضوء هذا نمنع أوّلًا عدم حجّية ما سجّله الكاتب العدل بقلمه و بَنانه مع إطلاق أدلّة حجّية خبر العادل من غير فرق بين قوله و كتابته و على ذلك جرى العقلاء فی أمورهم و معايشهم.

و ثانياً: على فرض التسليم إنّ القاضی ربّما يتردّد، فيما ضبطته ذاكرته،

---

(۱) زين الدين العاملی: المسالک: ۲/ ۴۰۰.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۱۰۱۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۶۵

فبالرجوع إلى السجلات، يتذكّر ما تردّد فيه فيعود إلى ذاكرته ما ذهب و غاب مؤقّتاً. و الرجوع إنّما يكون مفيداً إذا كان الكاتب عادلًا، بخلاف ما إذا كان غير ثقة فلا يعينه حتى فی إعادة ما نسيه موقتاً.

نعم لا یشترط أن یکون فقیهاً بل یکفی کونه عارفاً بکیفیّة کتابـة التقاریر و ادّعاء الشـهود و إذا کان القاضـی ملیاً، فربّما یکفی کونه عارفاً بالکتابة و إن لم تکن له ممارسة فی کتابة السجلات و المحاضر.

و علی کل تقدیر فالذکر الحکیم یشترط فی کاتب الدین العدالة و یقول: (وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲)، فکیف یصحّ نفی لزومها فی کاتب المحاضر و السجلات و التقاریر التی لیست فی الأهمیّة بأقلّ منها؟!

المسألة الثامنة: فی عدالة الشاهدین

اشارة

اتّفق المسـلمون تبعاً للذکر الحکیم، فی اشتراط العدالة فی الشـهود و لم یخالف فیه أحد، قال سـبحانه: (وَ أَشْـهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ وَ أَقِیمُوا الشَّهادَةَ لِلّهِ) (الطلاق/ ۲)

و الآیـة واردة فی الطلاق لکن الحکم العـدل الـذی أمرنا به فی قوله سـبحانه: (وَ إِذا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَـدْلِ) (النساء/ ۵۸). لا ـ یتحقّق غالبـاً إلّا أن تکون الشـهود عـدولًا تصـدّ عـدالتهم عن الشـهادة علی خلاف الحقّ مضافاً إلی ورود الأمر بالقضاء بالبیّنة العادلة فی الروایات «۱».

نعم إنّ هناک بحوثاً فی عدالة الشاهدین اطرحها المحقّق فی هذه المسألة و نحن نقتفیه.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۶۶

۱- لزوم التحقیق فی هویّة الشاهد

قال: الحاکم إن عرف عدالة الشاهدین حکم، و إن عرف فسقهما، أطرح و إن جهل الأمرین بحث عنهما.

لا شکّ فی أنّه تؤخـذ، بالشـهادة فی الأولی و تطرح فی الثانیـة، إنّما الکلام فی لزوم البحث عن هویّـة الشاهد إذا کانت مجهولة و هل هو من واجبات الحاکم أو لا؟ و استدلّ علیه بالخبر المروی عن التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری و فیه بعد کلام: «إذا جاء بشهود لا یعرفهم بخیر و لا شـرّ قال للشهود: أین قبائلکما؟ فیصفان، أین سوقکما؟ فیصفان، أین منزلکما؟ فیصفان، ثمّ یقیم الخصوم و الشهود بین یدیه ثمّ یأمر فیکتب أسامی المدّعی و المدّعی علیه، و الشهود، و یصف ما شهدوا به، ثمّ یدفع ذلک إلی رجل من أصحابه الخیار ثمّ مثل ذلک إلی رجل آخر من خیار أصـحابه ثمّ یقول لیـذهب کل واحـد منکما من حیث لا یشـعر الآخر إلی قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذی ینزلانه فیسأل عنهما ...». «۱»

و الروایة ضعیفة سنداً لا یحتجّ بها.

و استدلّ صاحب الجواهر بوجه آخر من دلالة إطلاق الأمر بالحکم بالبیّنة العادلة، لزوم الفحص عن وجود الموضوع کما هو الحال فی لزوم الفحص عن دخول الوقت للصلاة أو وجود الماء للطهارة.

یلاحظ علیه: أنّ ظاهر قولهم: «البیّنـة للمـدّعی»، أنّ إقامـة البیّنـة علیه، و من وظائفه فیجب علیه إحضار المزکّی إذا کانا مجهولین لـدی القاضی خصوصاً إذا کانت التزکیة متوقفة علی السفر إلی محلّ الشاهدین، فی النقطة البعیدة.

و مع ذلک کلّه لو کان تحصیل العلم بعدالة الشاهدین أمراً سهلًا للقاضی،

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۶۷

لم یبعد وجوبه علیه و قد قلنا بذلک فی وجوب الفحص فی الشبهات الموضوعیة إذا کان تحصیل العلم بوجود الموضوع، أمراً سهلًا، إذ لا یظهر من الأدلّة، أنّ فریضة المدّعی أزید من إحضار من لو تفحّص القاضی عنه فحصاً یسیراً، لوقف علی عدالتهما. و إلّا لزم علیه الاکتفاء بمن عرفه من ذی قبل. و هو موجب لصدّ باب القضاء إذ لیس القاضی فی کلّ زمان یعرف وجوه الناس و أوساطهم فضلًا عمّن هو فی درجات نازلة عنهم، و الحقّ أنّ الفحص علی القدر المیسور من وظائف القاضی.

۲- إذا أحرز إسلامه و شکّ فی فسقه

اشارة

قد عرفت أنّ مجهول الهویة و إن علم إسلامه لا یمکن القضاء به و لا بدّ من الفحص و التفتیش إذا کان میسوراً و إلّا أقفل باب القضاء إذا اکتفی القاضی بعلمه السابق بالمشهود.

غیر أنّه اشتهر عن الشیخ بأنّه إذا علم إسلامه و جهل فسقه یقضی به و ربّما یفسر کلامه بأنّ العدالة المعتبرة فی الشهود لیست إلّا هذا: «علم إسلامه و لم یعلم فسقه». و لو صحّت النسبة یکون معنی ذلک أنّه لو کان فاسقاً واقعاً و لم یعلم فسقه فهو فاسق و عادل و هو نفس القول باجتماع الضدّین، فإنّ الفسق و العدالة من الصفات النفسانیة المتقابلة لا تجتمعان أبداً و قد ینسب هذا القول إلی بعض قدماء الشیعة کابن الجنید، و المفید، و أظنّ أنّ مقصود الشیخ غیر هذا و أنّه یقول بکون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طریق إلی العدالة المعتبرة.

و تحقیق الحقّ یتوقف علی البحث فی مقامین:

۱- هل الاختلاف بین الشیخ و غیره فی مفهوم العدالة المعتبرة فی الشاهد جوهری أو لا؟

۲- و علی فرض عدمه فهل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طریق إلی العدالة

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۶۸

أو لا؟

أ: هل الاختلاف فی مفهوم العدالة جوهری؟

لا بدّ فی تحقیق النسبة نقل عبارة الشیخ برمّتها.

قال الشیخ فی الخلاف: إذا شهد عند الحاکم شاهدان یُعرف إسلامهما، و لا یُعرف فیهما جرح، حکم بشهادتهما، و لا یقف علی البحث إلّا أن یجرح المحکوم علیه فیهما بأن یقول: هما فاسقان فحینئذ یجب علیه البحث.

و قال أبو حنیفة: إن کانت شهادتهما فی الأموال و النکاح و الطلاق و النسب کما قلناه، و إن کانت فی قصاص أو حدّ لا یحکم حتّی یبحث عن عدالتهما.

و قال أبو یوسف و محمّد و الشافعی: لا یجوز له أن یحکم حتّی یبحث عنهما فإذا عرفهما عدلین حکم و إلّا توقف فی جمیع الأشیاء و لم یخصّوا به شیئاً دون شیء.

دليلنـا: إجماع الفرقـة و أخبارهم، و أيضاً الأصل في الإسـلام العدالـة، و الفسق طار عليه يحتاج إلى دليل، و أيضاً نحن نعلم أنّه ما كان البحث في أيّام النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم و لا أيّام الصحابة، و لا أيام التابعين، و إنّما هو شيء أحدثه شريك بن عبد الله القاضي فلو كان شرطاً ما أجمع أهل الأمصار على تركه. «۱»

و حاصل الآراء المنقولة في عبارة الشيخ عبارة عن:

۱- القضاء بشهادة المسلم الذي لم يعرف جرحه مطلقاً و هو مختار الشيخ.

۲- التفصيل بين الأموال و النكاح و الطلاق و النسب، و بين الحدّ و القصاص فلا يقبل في الثاني و هو خيرة أبي حنيفة.

۳- عدم القبول مطلقاً و هو خيرة الشافعي، و تلميذي أبي حنيفة: أبي يوسف و محمّد بن الحسن الشيباني.

---

(۱) الطوسي، الخلاف: ۳/ ۳۱۲، كتاب القضاء، المسألة ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۶۹

۴ استدلّ الشيخ بأنّ الفحص ممّا أحدثه شريك بن عبد الله القاضي و لم يكن في زمان النبي و الصحابة و التابعين منه أثر.

أمعن النظر في عبارة الشيخ فهل هو بصدد تفسير العدالة، أو أنّه جعل الإسلام مع عدم ظهور الفسق دليلًا على العدالة بالمعنى المعروف بين الأصحاب، كما أنّ بعضهم جعل «حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أنّ ما يظهر منه حسن، من دون معرفة باطنة» طريقاً إليها. «۱» و يؤيد الثاني ذيل كلامه حيث نسب الفحص إلى شريك بن عبد الله القاضي و أنّه لم يكن منه خبر في عصر الصحابة و التابعين، و هذا يدلّ على أنّه يكفي في كشف العدالة، إحراز الإسلام المقرون بعدم ظهور الفسق، و لا يلزم الفحص لا أنّه نفس العدالة و أوّل من نبّه بذلك المحقّق البهبهاني في كلام له نذكر منه ما يلي:

«و المراد بالاكتفاء بالإسلام أو حسن الظاهر كونهما طريقين جعليين من الشارع إلى العدالة التي هي ملكة من الملكات، و صفة من الصفات، نظير سائر الطرق الشرعية كالبيّنة و فعل المسلم و أصالة الطهارة لا أنّ العدالة عبارة عنهما كما توهّمه جملة من المتأخرين حيث زعموا، أنّ الاختلاف في المقام راجعة إلى حقيقة العدالة و إنّها الملكة، أو الإسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر. «۲»

ثمّ إنّ صاحب المسالك نسب قول الشيخ في الخلاف، إلى صريح ابن الجنيد، و ظاهر المفيد في كتاب الأشراف «۳» و لم يحضرني كتاب الاشراف حتى ألاحظ المنقول، و لكن صريحه في كتاب المقنعة خلافه قال: العدل من كان معروفاً بالدين و الورع عن محارم الله تعالى. «۴»

و أمّا ابن الجنيد، فالمنقول منه في كتاب «المختلف» خلافه قال: «فإذا كان

---

(۱) لاحظ الجواهر: ۴۰/ ۱۱۳، نعم هو فسر العدالة بنفس هذا المعنى المذكور.

(۲) المحقّق الرشتي: القضاء ۱۱۸، نقلًا عن المحقّق البهبهاني.

(۳) زين الدين، المسالك: ۲/ ۴۰۱.

(۴) المفيد، المقنعة: ۱۱۲.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۷۰

الشاهد حرّاً، بالغاً، عاقلًا، مؤمناً، بصيراً، معروف النسب، مرضياً، غير مشهور بكذب في شهادة، و لا بارتكاب كبيرة و لا مقام على صغيرة، حسن التيقّظ، عالماً بمعاني الأقوال، عارفاً بأحكام الشهادة غير معروف بحيف على معامل، و لا متهاون بواجب من علم و عمل، و لا معروف بمعاشرة أهل الباطل، و لا الدخول في جملتهم، و لا بالحرص على الدنيا و لا بساقط المروءة، بريئاً من أهواء البدع التي توجب على المؤمنين البراءة من أهلها، فهو من أهل العدالة المقبول شهادتهم. «۱»

و بالجملة ما نسب إلى ظاهر الشيخ، فى الخلاف من تفسير العدالة بما ذكر غير صحيح و على فرض الصحّة لم يذهب به أحد من علمائنا و لم يذكره فى كتاب النهاية «۲» و المبسوط «۳» إذ فسّرها فى الأُولى قريباً ممّا فى رواية ابن أبى يعفور، و فى المبسوط بما تقدّم من ابن الجنيد. و الحقّ ما ذكره المحقّق البهبهانى فى تفسير كلامه.

ب- هل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة؟

إذا تبيّن أنّ اختلاف الشيخ ليس فى معنى العدالة، يقع الكلام فى كونه طريقاً إلى العدالة المعتبرة فيها، فقد استدلّ له بوجوه:
الأوّل: ما ذكره فى الخلاف: «الأصل فى الإسلام العدالة و الفسق طارئ عليه، يحتاج إلى دليل» و هذه العبارة تحتمل وجوهاً أوضحها وجهان: أحدهما يرجع إلى استصحاب حكم قبل البلوغ و الآخر يرجع إلى التمسّك بأصالة الصحّة فى فعل المسلم.
أ إنّ الأصل فى كلّ مسلم العدالة، بالنظر إلى ما قبل بلوغه، و الفسق أمر طارئ يحتاج إلى دليل و الأصل عدمه.

---

(۱) المختلف، كتاب القضاء، المسألة ۴، قال العلّامة و ظاهر كلامه يوافق كلام الشيخ فى المبسوط، لاحظ المبسوط: ۸/ ۲۱۷ و لا حاجة لنقل كلامه فى المبسوط بعد الاتّحاد.

(۲) الطوسى، النهاية: ۳۲۵.

(۳) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۷۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۷۱

يلاحظ عليه: بأنّه أصل مثبت، فإنّ استصحاب عدم الفسق لا يثبت كونه عادلًا، لأنّه بمنزلة نفى أحد الضدّين و إثبات الضدّ الآخر، على أنّ الثابت قبل البلوغ من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع و هو التكليف، و الثابت فى الآن اللاحق، هو السالبة بانتفاء المحمول و استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغرض اثبات السالبة بانتفاء المحمول من أوضح مصاديق الأُصول المثبتة.
ب الأصل فى المسلم أن لا يخلّ بواجب و لا يفعل محرّماً و قد فسّر ابن إدريس العدل بأنّه الذى لا يخلّ بواجب و لا يرتكب قبيحاً. «۱»
يلاحظ عليه: أنّه على فرض صحّة الأصل لا- يثبت به وصف العدالة، غاية الأمر يجب حسن الظن بالمسلم بأنّه ما يخلّ بواجب و لا يرتكب محرّماً، و لا يثبت بهذا التعبّد بعنوان العدالة.
ثمّ إنّه ربّما يفسّر كلام الشيخ بكون الإسلام و العدالة مترادفين و هو باطل لا تصحّ نسبته إلى الشيخ، فلأجل ذلك ضربنا عنه و عن مثله صفحاً.
الثانى: اطلاق قوله سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲) حيث اكتفى بكون الشاهد من المسلمين و لا يحمل على قوله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) لعدم حجّية مفهوم الوصف.
يلاحظ عليه: أنّ التقييد ليس مبنياً على وجود المفهوم للوصف، بل مبنى على الجمع العرفى بين الدليلين و ليس القيد منحصراً بآية الطلاق بل جاء فى آية الوصية و كتابة الدين.
قال سبحانه: (إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الْأَرْضِ) (المائدة/ ۱۰۶).
و قال سبحانه: (وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲).

(۱) الحلی: السرائر: ۱/ ۲۸۰، کتاب الصلاة، أحکام صلاة الجماعة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۲

و قال سبحانه: (أَوْ لا یَسْتَطِیعُ أَنْ یُمِلَّ هُوَ فَلْیُمْلِلْ وَلِیُّهُ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲).

و لا یمکن القول باختصاص القید بالوصیة و الدین فإنّ أمر الأوّل مبنی علی السعة و لأجل ذلک یقبل قول غیر المسلم عند فقدان المسلم إذا شهد حین الوصیة کما فی الآیة، فإذا کانت معتبرة فیها ففی غیره بطریق أولی.

الثالث: ظاهر قوله سبحانه: (إِنْ جاءَکُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا) (الحجرات/ ۶). و ظاهره التثبت فیما إذا بان الفسق، و القبول فی ما عداه.

یلاحظ علیه: أنّ الخارج هو الفاسق الواقعی و مجهول الهویة مردّد بین البقاء تحت العام و الخروج عنه و دخوله تحت المخصّص و فی مثل ذلک لا یتمسّک بالعموم لأنّه تمسّک به فی الشبهة المصداقیة له بعد التخصیص.

الرابع: الروایات الواردة فی المقام و هی بین غیر صریح أو ضعیف السند، نظیر:

۱- مرسلة یونس بن عبد الرحمن عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن البیّنة إذا أُقیمت علی الحقّ، أ یحلّ للقاضی أن یقضی بقول البیّنة؟ فقال: «خمسة أشیاء یجب علی الناس الأخذ فیها بظاهر الحکم: الولایات، و المناکح، و الذبائح، و الشهادات، و الأنساب، فإذا کان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا یسأل عن باطنه».

و رواه الشیخ إلّا أنّه قال: یقضی بقول البیّنة من غیر مسألة إذا لم یعرفهم. و ترک الأنساب و ذکر بدلها المواریث.

قال الشیخ الحرّ العاملی: «قد عمل الشیخ و جماعة بظاهره و ظاهر أمثاله، و حکموا بعدم وجوب التفتیش، و حملوا ما عارضه ظاهراً علی أنّ من تکلّف التفتیش عن حال الشّاهد یحتاج أن یعرف وجود الصفات المعتبرة هناک، و علی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۳

أنّه إذا ظهر شیء من الأمور المذکورة ممّا ینافی العدالة لم تقبل الشهادة و إن کان لا یجب الفحص، و الّذی یفهم من الأحادیث الکثیرة عدم وجوب التفحّص و أنّ الأصل العدالة، لکن بعد ظهور المواظبة علی الصلوات، و عدم ظهور الفسق». «۱»

یلاحظ علیه: مضافاً إلی ضعف سنده أنّه لا دلالة فیها علی مطلوب الشیخ من کون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طریقاً إلی العدالة بل هو بصدد بیان أنّ قول الشاهد المأمون ظاهراً حجّة و إن لم نعلم مصدر علمه، فاشتراط العلم بمصدر علمه أو عدم اشتراطه، هو مورد العنایة فی الروایة لا تحدید العدالة، علی أنّ قوله: «ظاهراً مأموناً» دلیل علی القول الثانی و هو أنّ حسن الظاهر بالمعنی الذی مضی، طریق إلی العدالة و هو غیر مختار الشیخ.

۲- روی الصدوق باسناده عن العلاء بن سیّابة قال: سألت أبا عبد الله عن شهادة من یلعب بالحمام، قال: «لا بأس إذا کان لا یُعرف بفسق» «۲»، و سند الصدوق إلی العلاء بن سیّابة صحیح. و أمّا العلاء نفسه فلم یوثّق و لم یرد فیه مدح. و الاحتجاج به غیر تام.

۳- روی الصدوق بسند متّصل إلی علقمة قال: قال الصادق علیه السلام و قد قلت له: یا بن رسول الله أخبرنی عمن تُقْبل شهادتُه و من لا تُقبل؟ فقال: «یا علقمة کلّ من کان علی فطرة الإسلام جازت شهادته إلی أن قال: فمن لم تره بعینک یرتکب ذنباً أو لم یشهد علیه بذلک شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و إن کان فی نفسه مذنباً». ۳

أقول: لا بأس بصدر السند لکنّه ینتهی إلی صالح بن عقبة و هو مردّد بین الأسدی و غیره و لم یرد فیهما توثیق، و إلی علقمة و هو أیضاً کذلک و الخبر غیر صالح للاحتجاج.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳، ۴.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۶ و ۱۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۴

۴- عن سلمة بن کهیل قال: سمعت علیاً یقول لشریح: ... و اعلم أنّ المسلمین عدول بعضهم علی بعض إلّا مجلود فی حدّ لم یَتُب منه أو معروف بشهادة الزور و ضنین «۱».

و فی السند إرسال، إذ فیه: الحسن بن محبوب عن عمرو بن أبی المقدام، عن أبیه عن سلمة بن کهیل، و الأوّل من الطبقة السادسة و الثانی من الطبقة الثالثة، و من البعید أن یروی الحسن بن محبوب الذی هو من أصحاب الرضا عن عمرو بن أبی المقدام و هو عمرو بن ثابت من أصحاب الإمام السجاد و الباقر و الصادق علیهم السَّلام قال النجاشی: روی عن علی بن الحسین و أبی جعفر و أبی عبد الله علیهم السَّلام و له کتاب لطیف، توفّی الإمام الصادق عام ۱۴۸، و تولّد الحسن بن محبوب عام ۱۵۰، و توفّی عام ۲۲۴.

علی أنّ أبا المقدام و هو ثابت بن هرمز لم یرد فیه توثیق و لا مدح و لأجل ذلک لا یصحّ الاحتجاج بالحدیث.

۵- صحیحة حریز عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی أربعة شهدوا علی رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان و لم یعدل الآخران فقال: إذا کانوا أربعة من المسلمین لیس یعرفون بشهادة الزور أُجیزت شهادتهم جمیعاً و أُقیم الحدّ علی الذی شهدوا علیه، إنّما علیهم أن یشهدوا بما أبصروا و علموا، و علی الوالی أن یجیز شهادتهم إلّا أن یکونوا معروفین بالفسق «۲».

و الروایة و إن کانت صحیحة تامّة الدلالة، لکن الاعتماد علیها مشکل لأمرین:

۱- أنّها موافقة لرأی أبی حنیفة «۳»، الکاشف عن وجود رأی مثله فی عصر

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۸.

(۳) مضی رأیه نقلًا عن الخلاف.

صدور الروایة.

۲- إنّها معارضة بروایات أکثر عدداً، و أوضح سنداً.

فإن قلت: إنّ أکثر ما استدلّ علی قول الشیخ و إن کان قابلًا للمناقشة من حیث السند أو المتن إلّا أنّ المجموع من حیث المجموع قابل للاحتجاج لأنّ بعضه یشدّ بعضاً کما هو الحال فی سائر المقامات.

قلت: نعم لو لا أنّ الروایات المعارضة، أقوی سنداً و أکثر عدداً و أوضح مضموناً و قد عمل بها المشهور و أعرض عن مخالفه.

نعم ما نذکره من الروایات المعارضة لا یُرکّز علی عنوان واحد و لکنّ الجمیع متّفق علی عدم جواز الاکتفاء بالإسلام مع عدم ظهور الفسق بل یجب أن یتمتّع الشاهد بعنوان وراء ذاک و إلیک هذه العناوین و هی بین إیجابی و سلبیّ أمّا الأوّل فإلیک بیانه:

۱- إذا علم منه خیر

روی محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لو کان الأمر إلینا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس». «۱»

۲- إذا کان عفیفاً صائناً

روی أبو بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا بأس بشهادة الضیف إذا کان عفیفاً صائناً». «۲»

۳- إذا کان صالحاً

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸. و الحدیث ۱ من الباب ۳۹ من أبوابها. و حمل الخیر علی الإسلام بعید خصوصاً فی الحدیث الأخیر إذ یقول: إذا علم منهما بعد ذلک (الإسلام) خیر جازت شهادتهما أی الذمی بعد الإسلام و العبد

بعد العتق.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۶

روی العلاء بن سیّابة عن أبی عبد اللّه علیه السلام: قلت فالمکاری و الجمّال و الملاح فقال: «و ما بأس بهم تقبل شهادتهم إذا کانوا صلحاء». «۱»

۴- أن یکون عادلًا

روی ابن أبی یعفور عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قلت: بم تعرف عدالة الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم و علیهم؟ فقال: «أن تعرفوه بالستر و العفاف و کفّ البطن و الفرج ...». «۲»

روی عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام: «لا بأس بشهادة المملوک إذا کان عدلًا». «۳»

روی محمّد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام فی شهادة المملوک إذا کان عدلًا فانّه جائز الشهادة إنّ أوّل من ردّ شهادة المملوک عمر بن الخطّاب. ۴

فعلی ضوء هذه العناوین الوجودیة یشترط أمر غیر الإسلام و عدم ظهور الفسق کما أنّ هناک روایات تشترط عدم بعض العناوین المضرّة، ککونه فاسقاً، أو ظنّیناً و متّهماً و غیر ذلک و إلیک الإشارة إلی تلکم العناوین.

۵- أن لا یکون فاسقاً

روی محمد بن قیس عن أبی جعفر فی حدیث إنّ علیّاً علیه السلام قال: «لا أقبل شهادة الفاسق إلّا علی نفسه». ۵

۶- لا یکون متّهماً و ظنّیناً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱، من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱ و ۳ و لاحظ الحدیث ۶ من الباب ۱ و ۵ من الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم.

(۴) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۷

روی عبد الله بن سنان قال قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ما یردّ من الشهود قال: فقال: الظنین و المتّهم قال قلت: فالفاسق و الخائن قال: ذلک یدخل فی الظنین. «۱»

ثمّ إنّ الروایات الواردة فی ردّ شهادة بعض الأصناف أزید ممّا ذکرنا فلا تقبل شهادة فحّاش و لا ذی مخزیة فی الدین و من یبتغی علی الأذان و الصلاة بالناس أجراً، و المریب، وذی شحناء إلی غیر ذلک من العناوین الواردة فی البابین ۳۲ و ۳۳ من أبواب الشهادات فی الوسائل و أکثرها یدخل تحت عنوان الفاسق، و الجمیع متّفق علی اشتراط أمر زائد، و هو العدالة، لکن بعد تقیید أوسع العناوین بأضیقها کما لا یخفی.

و أمّا ما هی العدالة المشترطة فهل هی ملکة التجافی عن جمیع الکبائر و الرادعة عنها علی ما هو المشهور؟ أو هی عبارة عن حسن الظاهر بمعنی الخلطة المطلعة علی أن ما یظهر منه حسن من دون معرفة باطنة کما علیه صاحب الجواهر. «۲» و المحقّق الآشتیانی فی کتاب القضاء «۳»؟ فهذا هو الذی نبحث عنه فی کتاب الشهادات عند البحث عن صفات الشهود التی رابعها: العدالة فانتظر. «۴» و

بذلک نستغنی عن البحث حول قول المحقق فی المقام: «و لا یجوز التعویل فی الشهادة علی حسن الظاهر».

۳- لو تبیّن فسق الشاهدین

إذا حکم الحاکم بعد إحراز العدالة، ثمّ ظهر فسق الشهود فی زمان الإقامة أو زمان الحکم المتّصل زمانه بزمان إقامة شهادتهما، نقض حکمه، مثل ما لو تبیّن فسوقهما قبل الإقامة المتّصل بزمان إقامتها، لفقدان الشرط (العدالة) واقعاً المستلزم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱ و لاحظ الحدیث ۲، ۳، ۵، ۶.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۱۱۳.

(۳) الآشتیانی: کتاب القضاء: ۶۵.

(۴) کتاب الشهادات: النظر الأوّل فی صفات الشهود.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۷۸

لفقدان المشروط و هو الحکم الصحیح و لا یختصّ جواز النقض بقول المشهور، القائل بشرطیّة العدالة حین الإقامة بل یعمّ قول الشیخ أیضاً القائل بکفایة إحراز الإسلام مع عدم ظهور الفسق، و ذلک لأنّه إنّما یکتفی به إذا لم یظهر الخلاف کما هو اللائح من عبارة الخلاف الماضیة. قال ابن حمزة: «فإن حکم علی ظاهر الإسلام ثمّ بان له فسقهما نقض الحکم» «۱».

ثمّ إنّ إطلاق النقض باعتبار الظاهر و أمّا حسب الواقع فلا حکم حتی یُنقض و علی کل تقدیر إنّ جواز النقص مبنیّ علی کون العدالة، شرطاً واقعیاً، لا شرطاً علمیاً و ذلک لانصراف الأدلّة إلی أنّ العدالة بوجودها الواقعی شرط فقوله سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) (الطلاق/ ۲) و قوله علیه السلام: «أحکام المسلمین علی ثلاثة: شهادة عادلة ...» «۲» مثل قول القائل: «إذا غسلته فی الکرّ» فی أنّ الموضوع هو العدل الواقعی کالکرّ الواقعی، لا المحرز منهما و إن لم یکونا کذلک.

أضف إلی ذلک أنّ أخذ العدالة شرطاً فی الشاهد لیس أمراً تعبّدیّاً بل لأجل صدّه عن اقتراف الکذب و شهادة الزور و من المعلوم أنّه لا یترتّب إلّا علی وجودها الواقعیة لا الذهنیة.

نعم ذهب الأصحاب فی باب صلاة الجماعة إلی کونها شرطاً علمیاً و ذلک لما رواه علی بن أبی راشد عن أبی جعفر الجواد علیه السلام، أنّه قال: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدینه» «۳» و رواه الشیخ فی التهذیب مضیفاً إلیه کلمة «و أمانته» مستظهرین بأنّ المتبادر منه هو کون الشرط هو الوثوق الذی هو أمر قلبی لا واقعی. و لکن الاستظهار فی غیر محلّه، و ذلک لأنّ المتبادر من أمثاله، هو کون

---

(۱) الوسیلة: ۲۱۰. و لاحظ کلام الشیخ فی المبسوط: ۸/ ۲۴۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

(۳) الوسائل: الجزء ۵، الباب ۱۰ من أبواب صلاة الجماعة، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۷۹

العلم مأخوذاً علی وجه الطریقیة لا الموضوعیة و بما أنّ فی المسألة دلیلًا غیر هذا، نقول بما ذهب إلیه المشهور من کفایة إحراز العدالة فی صحّة الجماعة لا فی المقام.

ثمّ إنّ کونها شرطاً واقعیاً یتصوّر علی وجوه:

۱- أنّها شرط فی حقّ القاضی فقط فلو وقف علی فسقهما نقض حکمه، و إلّا یکفی إحرازه و إن کان خطأ فی وجوب ترتیب الأثر علی آخرین فلیس لهم حقّ النقض و إن علموا فسق الشاهدین، مثلًا إذا طلق القاضی عند شاهدین و قد أحرز عدالتهما و إن کانا

فاسقین عند الآخرین، یجب علیهم ترتیب الأثر و المعاملة معها معاملة المطلّقة.

۲- شرط فی حقّ کل من له صلاحیة القضاء فلو قضی بشاهدین و قد أحرز عدالتهما، و لکن ثبت عند الآخرین فسقهما، جاز لهم النقض لأنّ علمهم بفسقهما کعلم القاضی به فی کونه مجوّزاً للنقض.

۳- شرط فی حقّ جمیع المکلفین من غیر فرق بین من له القضاء و غیره و کون العامی عاجزاً عن إحراز شرائط العمل بالبیّنة، لا یکون سبباً لعدم توجّه الخطاب إلیه، کما أنّ عدم تمکّنه من إحراز شرائط العمل بالخبر الواحد الوارد فی الأحکام، لا یکون سبباً عن انصراف الخطاب عنه غایة الأمر ینوب القاضی و المجتهد عنه فیما یعجز لا فیما لا یعجز فإذا وقف العامی علی فسق الشاهدین فله نقض حکم القاضی أخذاً بعمومیّة الخطاب.

لکن لا سبیل إلی الاحتمال الثالث: لما أفاده المحقّق الرشتی من أنّه یترتّب علیه من المفاسد التی لا یظنّ بالتزام أحد إیّاها مثل سماع قول کلّ من یتمرّد من قبول حکم الحاکم و إن لم یکن من أطراف المرافعة مدّعیاً فسق الشهود فلا یکون علم غیر الحکّام بفسق الشهود مؤثراً فی جواز النقض و حینئذ یدور الأمر بین القولین و الأظهر هو القول الثانی فلا یجب علیهم إنفاذ الحکم المستند إلی البیّنة الفاسقة، إذا کانوا عالمین لها.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۰

نعم قلنا لیس للعامی نقض الحکم و إن کان من أطراف المرافعة لکن للمحکوم علیه، جرح الشهود قبل الحکم، أو إقامة الدعوی علی القاضی بأنّه حکم بشاهدین فاسقین، أو لم یتفحّص عن الجارح، و لکنّه غیر صلاحیّة کلّ المکلّفین، بنقض الحکم کما لا یخفی.

و هل الفسق حال الحکم کالفسق حال أداء الشهادة أو لا؟ ذکروا فیه وجهین:

قال الشیخ: و إذا حکم بشهادتهما بظاهر العدالة عنده نفذ حکمه، فلو ثبت أنّهما فاسقین حین الحکم بشهادتهما لم ینقض الحکم و الأوّل أحوط عندنا، و الثانی تدلّ علیه روایاتنا، غیر أنّه إذا علم أنّهما کانا فاسقین حین الشهادة نقض حکمه «۱».

أقول: لا شکّ فی عدم تأثیر الفسق بعد الحکم إنّما الکلام فی تأثیر الفسق الطارئ بعد الإقامة، و قبل الحکم ففیه وجهان. و الظاهر کفایة وجود العدالة حال الأداء التی تصدّه عن الکذب و الشهادة بالزور، و إنّ زلّ قدمه بعد الأداء، إذ لا تأثیر لبقاء عدالته بعد الأداء. ثمّ إنّ المحقّق طرح فی المقام بأنّه «لا یجوز التعویل فی الشهادة علی حسن الظاهر» و سیوافیک البحث عنه فی کتاب الشهادات فانتظر.

۴- فی تزکیة الشاهد أو جرحه

إذا قامت البیّنة و لم تعرَف حالُها توقّف القاضی عن الحکم، حتّی تعلَم هویّة الشاهدین بالفحص عن حالهما حتّی یقف علی تعدیل أو جرح فهناک فروع:

أ: ینبغی أن یکون السؤال عن هویّة الشاهد من حیث العدالة و الفسق سرّاً

---

(۱) الطوسی: المبسوط ۸/ ۱۰۵۱۰۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۱

من غیر أن یعلم الشاهد.

ب: هل یکفی فی التعدیل و الجرح الإطلاق أو لا بدّ من التفسیر؟

ج: یفتقر التعدیل إلی المعرفة الباطنة المتقادمة.

د: لا یفتقر الجرح إلی تقادم المعرفة.

أمّا الأوّل: فينبغى أن يكون سرّاً، من غير اطّلاع الشاهد، لأنّه يكون أبعد من التهمة إذ لو كان التحقيق بحضوره، أو مع اطّلاعه ربّما توقف المزكّى أو الجارح عن بيان الواقع فربّما يزكى خوفاً أو حياء، بخلاف ما إذا كان بعيداً عن حضوره أو اطّلاعه.

قال الشيخ: و يكون المسألة عنه سرّاً لأنّه ليس المقصود هتك الشهود، فإذا كان جهراً ربّما انكشف عليه ما يُفتضح به، و لأنّه إذا كان جهراً ربّما توقّف المزكّى عن ذكر ما يعرفه فيه حياء، و مراعاة حقّ، و لأنّه قد يخاف المشهود عليه .... «۱»

و أمّا الثانى: فالأقوال فيه خمسة:

۱- ما نسب إلى المشهور من كفاية الإطلاق فى العدالة و لزوم التفسير فى الجرح.

۲- من لزوم التفسير فى كلا الأمرين و هو خيرة الشهيد فى المسالك.

۳- من كفاية الإطلاق فيهما و استحسنه الشهيد الثانى فيما إذا كان المزكّى مقلّداً للحاكم أو موافقاً معه فى أسباب الفسق و كفاية الإطلاق أيضاً خيرة الجواهر.

۴- يلزم التفسير فى التعديل دون الجرح على خلاف ما هو المشهور نسبه فى المسالك إلى العلّامة.

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۰۷.

۵- يكفى الإطلاق إذا كان المزكّى و الجارح عالمين بأسبابهما و إلّا لزم ذكر السبب فيهما. «۱»

و لنذكر بعض كلمات الفقهاء فى المقام:

۱- قال الشيخ: فإذا ثبت أنّ الجرح مقدّم على التزكية فإنّه لا يقبل الجرح إلّا مفسّراً و يقبل التزكية من غير تفسير و قال قوم يقبل الأمران معاً مطلقاً و الأوّل أقوى عندنا لأنّ الناس يختلفون فيما هو جرح و ما ليس بجرح، فإنّ أصحاب الشافعى، لا يُفسِّقُون من شرب النبيذ و مالك يفسقه و من نكح المتعة فى الناس من فسّقه، و عندنا أنّ ذلك لا يوجب التفسيق، بل هو مباح مطلق، فإذا كان كذلك لم يقبل الجرح إلّا مفسّراً لئلا يجرحه بما هو جرح عنده و ليس عند القاضى، و يفارق الجرح التزكية لأنّ التزكية إقرار صفة على الأصل فلهذا قبلت من غير تفسير، و الجرح إخبار عمّا حدث من عيوبه، و تجدّد من معاصيه فبان الفصل بينهما. «۲»

۲- و قال فى الخلاف: لا يقبل الجرح إلّا مفسّراً، و تقبل التزكية من غير تفسير و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة: يقبل الأمران مطلقاً فقاس الجرح على التزكية. دليلنا: الناس يختلفون فيما هو جرح و ما ليس بجرح فيجب أن يفسّر فإنّه ربّما اعتقد فيما ليس بجرح، أنّه جرح، فإذا فسّره عمل القاضى بما يقتضى الشرع فيه من تعديل أو جرح. «۳»

و قال المحقّق: و تثبت (العدالة بالشهادة بها) مطلقة و لا يثبت الجرح إلّا مفسّراً. «۴»

و قال ابن سعيد: و لا يقبل الجرح إلّا مفسّراً بخلاف العدالة. «۵»

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۳۴۰۲ و الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۷۶ و قد ذكر أقوالًا أربعة.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۰۹.

(۳) الطوسى، الخلاف: ۳ كتاب القضاء، المسألة ۱۳.

(۴) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۷.

(۵) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ۵۳۰.

و قال العلّامة: و يفتقر المزكّى إلى المعرفة الباطنة المفتقرة إلى تكرّر المعاشرة و لا يجب التفصيل و فى الجرح يجب التفسير على

رأی. «۱»

و علی کلّ حال فقد قیل إنّ المشهور هو الاکتفاء بالإطلاق فی التعدیل دون الجرح و استدلّ له بوجوه:

۱- إنّ العدالـة لا تتحقّق إلّا بفعل أُمور کثیرة و ترک أُمور مثلها، غیر أنّ ذکرها موجب للعسر فلا محیص من الإجمال بأن یقول: رأیته مواظباً علی الطاعات و ترک المحرّمات زماناً معتدّاً، و أمّا إیجاب التفصیل فیؤول إلی تعطیل الأحکام و لیس ذلک فی الجرح و یکفی فیه ذکر اقتراف معصیة واحدة. «۲»

یلاحظ علیه: إذا کان المراد من التعدیل الإجمالی هو قول المزکّی أنّه عادل یکون المراد من التعدیل التفصیلی، قریباً ممّا یلی: عاشرت معه فترة مطلعة و رأیت أنّه کان یواظب الواجبات و یترک المحرّمات و ما یعدّ خلاف المروءة. و لیس التکلّم بمثل ذلک أو بأکثر منه أمراً معسوراً علی أنّ کونه معسوراً یوجب سقوط المقدار المعسور، لا أصل التفصیل.

۲- إنّ الجارح قد یتبنّی الجرح عن ظنّ خطأً، و اشتباهاً و نسیاناً.

یلاحظ علیه: أنّه أمر مشترک بین العدالة و الجرح، و ربّما یحکم بقیامه بالواجبات و ترک المحرّمات عن خطأ و عن اشتباه و نسیان.

۳- إنّ المذاهب فیما یوجب الفسق مختلفة فلا بدّ من البیان لیعمل القاضی باجتهاده.

یلاحظ علیه: أنّ الاختلاف فی سبب الفسق یقتضی الاختلاف فی أسباب العدالة فإنّ الاختلاف مثلًا فی عدد الکبائر کما یوجب فی بعضها ترتّب الفسق علی

---

(۱) العلّامة الحلّی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۱.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک ۲/ ۴۰۲، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۷۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۸۴

فعله، یوجب فی بعض آخر عدم قدحه فی العدالة بدون الإصرار علیه فیزکّیه المزکّی مع علمه بفعل ما لا یقدح عنده فیها و هو قادح عند الحاکم.

و الحاصل أنّه لو کان سبب التفصیل فی الجرح هو احتمال الاشتباه و السهو فی ارتکاب الخلاف، أو اختلاف العلماء فی أسبابه فهما أمران مشترکان لا ینحصر بالجرح و لأجل ذلک یصبح التفصیل المشهور أمراً غیر تام.

و أضعف منه القول الرابع المنسوب إلی العلّامة من لزوم التفصیل فی العدالة، دون الجرح.

و مثله القول الخامس من التفصیل بین وحدة النظر بین المزکّی و القاضی فیکفی الإطلاق، و إلّا فیجب علیه التفصیل مطلقاً. و ذلک لأنّه خارج عن محلّ النزاع کما هو اللائح من کلام المحقّق الأردبیلی. «۱»

فبقی القولان و هو الاکتفاء بالإجمال مطلقاً، أو التفصیل مطلقاً. و الظاهر هو کفایة الأوّل و ذلک بوجوه:

الأوّل: أنّ الأصل هو حمل عبارة الشاهد علی الواقع و إن کان هناک اختلاف بینه و بین القاضی، من غیر فرق بین الموضوعات الصرفة الخارجیة کالماء و التراب و النار و الرماد و الهلال و البدر، أو الموضوعات الاعتباریة المتعلّقة للأحکام کالملکیّة و الحرّیّة و الزوجیّة و البیع، سواء کان هناک اختلاف فی أسبابها کما فی هذه الأمثلة، أو فی مفاهیمها کالعدالة و الفسق و ذلک إمّا لعموم حجّیة قول العدل إلّا إذا علم الاستناد فی الشهادة إلی الأسباب الفاسدة، أو لأُمور غیر صحیحة کالجرح بما لیس بخارج عند القاضی و إمّا لاعتبار حمل الفعل علی الصحیح الواقعی، کما هو المحقّق فی باب أصالة الصحّة فإذا شکّ فی صحّة عمل، و لو مع العلم بالاختلاف بین الفاعل و الحامل، یحمل علی الصحّة.

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۷۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۵

و لأجل ذلک یسمع قول الشاهد إذا شهد بالتطهیر و التنجیس و البیع مع وجود الاختلاف فی أسبابها.

الثانی: إنّ قدح عمل فی عدالهٔ الشاهد تابع لاعتقاده أنّه قادح فیها أولا اجتهاداً، فلو فرضنا انّ الجارح أطنب فی الکلام و ذکر شیئاً قادحاً للعدالهٔ عنده و وصل إلیه القاضی و لم یعلم کونه قادحاً عند الشاهد کبیع الدهن الذی لاقی عرق الجنب من حرام لاحتمال اعتقاده بطهارته اجتهاداً أو تقلیداً و إن کان نجساً عند الجارح و القاضی فالتفصیل فی الجرح لا یوصله إلی عقیدهٔ الشاهد التی هی الملاک فی کون العمل قادحاً أو لا.

و بذلک تعلم حال ما ذکره المحقّق الآشتیانی فی المقام قال ما هذا حاصله:

إنّ معنی حجّیهٔ قول العادل هو نفی الکذب عنه و أمّا جعل ما أخبر به، أمراً واقعاً فی الخارج فهو ممّا لا یستفاد من أدلّهٔ الحجّیهٔ لاحتمال الاشتباه فی الإخبار فلا بدّ من الرجوع إلی الأدلّهٔ الأُخر فحینئذ إذا کان المخبر به أمراً حسیّاً کنقل الراوی کلام الإمام. یجری الأصل المتّفق علیه، و هو أصالهٔ عدم الخطأ فی الحقّ و عدم الاشتباه فی الروایهٔ و الحسّ.

و أمّا إذا کان حدسیاً فإن کان ما أخبر عنه نفس الحکم الشرعی کإخبار المجتهد عن الحرمهٔ و الوجوب فهو ممّا قام الإجماع علی وجوب تصدیقه فی حقّ المقلّد.

و أمّا إذا کان المخبر به، الموضوع الذی تعلّق به الحکم الشرعی و کان طریق ثبوته مختلفاً فیه حسب اعتقاد المجتهدین کما فی الفسق فلا یجب فیه تصدیق العادل حتّی یشهد تفسیراً حتّی ینتقل الحاکم فی کلامه إلی نفس ما انتقل إلیه المزکّی. «۱»

---

(۱) الآشتیانی، کتاب القضاء: ۶۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۶

یلاحظ علیه بوجهین:

أوّلًا: أنّ لازم ذلک عدم قبول الشهادهٔ علی الزوجیّهٔ و الملکیّهٔ التی تختلف فیها أنظار العلماء من حیث الأسباب حیث إنّهما و إن کانا ینتهیان إلی الأسباب الحسّیهٔ لکن لأجل اختلافهم فی أسبابهما لا یجب فیه تصدیق العادل حتی یشهد تفسیراً لینتقل الحاکم من کلامه إلی نفس ما انتقل إلیه الشاهد بهما.

و ثانیاً: أنّ اختلاف الجارح و القاضی فی کون عمل معصیهٔ کبیرهٔ عند الجارح و معصیهٔ صغیرهٔ عند القاضی لا یکون مؤثراً فی المقام، و إنّما المؤثر اعتقاد الشاهد الفاعل فی کونها صغیرهٔ أو کبیرهٔ اعتقاداً ناشئاً عن اجتهاد أو تقلید فلا فائدهٔ فی وصول القاضی إلی نفس ما وصل إلیه المزکّی، بل لو وجب التفصیل یجب أن یکون علی وجه یصل القاضی إلی عقیدهٔ الشاهد بالنسبهٔ إلی الفعل الذی ارتکبه، هل کان یراه محرّماً أو مباحاً و المفروض أنّ التفصیل فی المقام لا یوصل القاضی إلیه.

الثالث: صحیح یونس بن عبد الرحمن عن بعض رجاله عن أبی عبد الله: خمسهٔ أشیاء یجب علی الناس أن یأخذوا فیها بظاهر الحکم: الولایات، و التناکح، و المواریث، و الذبائح، و الشهادات ... «۱» و قد تقدّم أنّ مفاد الحدیث بشهادهٔ ذیله أعنی: «و لا یسأل عن باطنه» هو قبول شهادهٔ الشاهد و الأخذ بظاهر قوله من دون لزوم السؤال عن مصدر شهادته و سببها.

و أمّا الثالث و الرابع تقادم المعرفهٔ فی التعدیل و الجرح و عدمه فقال المحقّق: تفتقر العدالهٔ إلی المعرفهٔ الباطنهٔ المتقادمهٔ و لا یحتاج الجرح إلی تقادم المعرفهٔ و ذلک لأنّ العدالهٔ سواء فسّرت بالملکهٔ أو بحسن الظاهر، لا یثبت إلّا بالمعرفهٔ المتقادمهٔ أمّا الملکهٔ فواضح و أمّا حسن الظاهر، فإنّ المراد عدم رؤیهٔ شیء منه سرّاً و جهراً إلّا الحسن و هو یتوقّف علی مرور زمان. و أمّا الجرح فیکفی العلم بموجب الجرح کالکذب أو الغیبهٔ و لو مرّهٔ واحدهٔ من غیر تقادم المعرفهٔ.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۸۷

اعلم أنّ دخول التعديل و الجرح فى باب الشهادة، غير دخولهما فى باب الدعاوى التى يعتبر فيها التعدّد و الظاهر جواز الاكتفاء فيهما بواحد من المزكّى و الجارح.

تبریزی، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج۱، ص: ۲۸۷

توضيحه: أنّا قوّينا فى محلّه «۱» حجّية خبر العدل فى الأحكام و الموضوعات، خرج عنه باب الدعاوى لقوله: إنّ البيّنة للمدّعى و اليمين على المدّعى عليه «۲» و مثله ما اعتبر الشارع فى ثبوته التعدّد كالهلال، و القدر المتيقّن من هذه الروايات ما يدخل فى عنوان الادّعاء، فيرجع فى غيره إلى عموم حجّية خبر العدل، اللّهمّ إلّا أن يتأمّل فى كفاية العدل الواحد بما تقدّم فى كفاية المترجم الواحد فلاحظ.

۵- فى اختلاف المزكّى و الجارح

إنّ اختلاف المزكّى و الجارح على قسمين:

تارة يرجع الاختلاف إلى وقوف واحد منهما على ما لم يقف عليه الآخر من دون أن يكون هناك تكذيب من أحدهما بالنسبة إلى الآخر، و أُخرى إلى التكاذب، بأن يخطِّئ كلّ الآخر، و يكذّبه، و لأجل ذلك يعبّر المحقّق عن الأوّل بالاختلاف و عن الثانى بالتعارض و إليك بعض النصوص.

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا شهد اثنان بالجرح و شهد آخران بالتعديل وجب على الحاكم أن يتوقّف و قال الشافعى: يعمل على الجرح دون التعديل. و قال أبو حنيفة: يقبل الأمران فيقاس الجرح على التذكية. دليلنا إذا تقابل الشهادتان و لا ترجيح لأحد الشاهدين وجب التوقف. «۳»

قال المحقّق: و إذا اختلف الشهود فى الجرح و التعديل، قدّم الجرح لأنّه

---

(۱) السبحانى، كلّيات فى علم الرجال: ۱۵۹-۱۶۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۳) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب القضاء، المسألة ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۸۸

شهادة بما يخفى على الآخرين، و لو تعارضت البيّنتان فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف: توقّف الحاكم و لو قيل يعمل على الجرح كان حسناً. «۱»

أقول: لا بدّ من البحث فى موردين: فتارة فى اختلاف المزكّى و أُخرى فى تعارضهما.

أمّا الاختلاف، فإن كان على وجه الإطلاق بأن يقول المزكّى، عادل و الجارح أنّه فاسق، فوجه تقديم الجارح، لعدم وجود التعارض بينهما، لأنّ الأوّل يدّعى أنّه ذو ملكة رادعة و أنّه لم يرَ منه طول المعاشرة، أيّة معصية، و الجارح لا ينكر الملكة، غاية الأمر يدّعى أنّ الميول النفسانية غلبت عليها و أنّه رأى منه ما يوجب الفسق فهو يدّعى شيئاً لا يدّعيه المزكى، لا أنّه ينكره.

و ربّما يعكس الأمر، فالمزكّى يدّعى ما لا يدّعيه الآخر، كما إذا قال الجارح: صدر منه يوم كذا معصية، قال المزكّى: لكنّه تاب عنه فى مشهد منّى ثمّ مارسته و خالطته بعد ذلك فوجدته ذا ملكة بعدها و لم يصدر منه ما ينافيها، و بذلك يظهر أنّ إطلاق كلام

المحقّق أنّه يقـدّم الجارح ليس بتامّ. لا بدّ أن يقال: يقدّم قول من يدّعی شـيئاً لا يدّعيه الآخر بمعنی لا يكذّبه فهو تارة ينطبق علی قول الجارح و أُخری علی قول المزكّی.

أمّا إذا كانت الشـهادة بنحو التعارض كأن شهد الجارح بفعل المعصية فی وقت و مكان كذا و شهد المزكّی بأنّه كان فی ذلك الزمان فی غير ذلك المكان و كان متفرغاً للعبادة مثلًا.

ففيه وجهان:

الأوّل: مـا عرفته من الشـيخ من التوقّف و ذلك لأنّ مقتضـی القاعـدة فی تعارض الأمارات هو سـقوطهما عن الحجّيـة. لا الرجوع إلی المرجّحات لأنّ الأصل

(۱) الشرائع: ۴/ ۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۹

فيما شكّ فی اعتباره من الظنون اسـتقلالًا و ترجيحاً هو عـدم الحجّية، لأنّه لا فرق فی الاحتجاج بين الاسـتقلال، أو الترجيح و ادّعاء أنّ سيرة العقلاـء فی المقـام علی متابعـة أقرب الطريقين إلی الواقع و أرجحهمـا، غير ثابت بل الظاهر هو السـقوط. نعم خرج باب الأحكام الشـرعية ففيه يرجع إلی المرجّحات أخذاً بالنصوص كالمقبولة و غيرها، ثمّ إنّ الشـيخ الطوسـی عبّر عن سـقوطهما بالتوقّف و أمّا ما ذا يصنع القاضی بعد التوقف فسيوافيك المراد منه.

الثـانی: ما ذكره المحقّق من أنّه: «لو قيل يعمل علی الجرح كان حسـناً» و أيّـده فی الجواهر باعتضاد بيّنـة الجارح بأصالـة عـدم حصول سبب الحكم فيبقی المنكر مثلًـا حينئـذ علی حجّته بلاـ معـارض. ضـرورة عـدم الفرق فی العمـل بين الجرح الثـابت و بين عـدم ثبـوت العدالة. «۱»

يلاحظ عليه أوّلًا: أنّ الأصل عنـد التعارض مرجع لا مرجّح فلا يصـحّ قوله: «باعتضاد بيّنة الجارح بالأصل» لما قد حقّق فی الأُصول من أنّ الترجيح فرع وحدة الرتبة بين المرجّح وذی الترجيح، و ليس الأصل فی درجة البيّنة.

و ثانيـاً: أنّ المرجع بعـد التعـارض هو قوله: «و اليمين علی المـدَّعی عليه» فتصـل النوبـة إلی الاسـتحلاف من دون حاجـة إلی اعتضاده بالأصل المزبور. فتترك بينة المدّعی لأجل تعارض التذكية الجرح و يطلب من المنكر فی الواقعة، اليمين.

هـذا و الظـاهر أنّ الثمرة بين القولين: (التوقّف أو العمل بقول الجارح) يظهر فی صورة واحـدة، و هی تفسير التوقّف فی كلام الشـيخ، بـالتوقّف المطلـق و ترك القضـاء و دعـوة الطرفين إلی المصالحـة، فعلی قـول الشـيخ يرجع إلی المصالحـة و علی قول المحقّق يعمل بمقتضی قول الجارح و هو استحلاف المنكر.

و أمّا إذا قلنا إنّ مراد الشيخ، هو التوقّف عن القضاء ببيّنة المدّعی، لا التوقّف عن القضاء علی وجه الإطلاق فيلزم العمل بمقتضی إنكار المنكر

(۱) النجفیّ: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۲۱۲۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۰

أعنی: «و اليمين علی المدَّعی عليه»، فتكون النتيجة علی كلا القولين واحداً.

و يظهر من الجواهر ترجيـح المعنی الأوّل و هو التوقّف عن الحكم أصـلًا حتّی بيمين المنكر الذی لم تعلم حجّيته فی هذا الحال باعتبار وجود بيّنـة المـدّعی و إن كان لا عمل عليها باعتبار معارضـتها ببيّنة الجرح و حينئذ يكون ميزان الحكم مجهولًا لانسـياق الأدلّة فی غير هذا الفرض فيرجع إلی الصلح أو غيره. «۱»

یلاحظ علیه: لا وجه لانصرافها عن هذه الصورة إذ المتقدّم من بیّنة المدّعی علی یمین المنکر، هو الحجّة منها و التی یصلح للاحتجاج و أمّا ما لا یصلح له، و کان إقامتها و عدمها سیّان فلا تکون مانعاً من الرجوع إلی مقتضی إنکار المنکر و هذا مثل ما إذا أقام بیّنة لم تعرف بعدل أو غیره.

المسألة التاسعة: فی تفریق الشهود

إذا أُقیمت البیّنة علی المدّعی. فإن کان القاضی عالماً بصدقها أو ظانّاً به أو غیر واقف بشیء من صدقها و کذبها، فیقضی بها إذا طلب المدّعی صدور الحکم و لا یجوز التأخیر الحاکی عن المساهلة فی الانتصاف و أخذ الحقّ و دفعه لذیه.

إنّما الکلام إذا کانت هناک ریبة فی شهادة الشهود و مظنّة علی کذبهم، إمّا لاحتمال تواطئهم علی التزویر، أو لالتباس الأمر علیهم لأجل افتقادهم البصیرة اللازمة و الذهن القویّ. فهل یجوز له القضاء بحجّة اکتمال أرکان القضاء أو یلزم علیه التثبت إلی أن ترتفع الریبة بظهور سیماء الحقیقة؟ الظاهر هو الثانی و ذلک لوجهین:

الأوّل: انصراف عمومات القضاء و خصوص ما دلّ علی أنّ البیّنة للمدّعی و الیمین علی المدّعی علیه عن مثل هذه الصورة التی یتمکّن القاضی من رفع

---

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۱.

الغشاء و التزویر عن وجه الحقیقة بطریق سهل غیر عسیر.

الثانی: ما ورد فی الآیات و الروایات من لزوم القضاء بالحقّ قال سبحانه: (یَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لَا تَتَّبِعِ الْهَوَی) (ص/ ۲۶) فالواجب هو القضاء بالحقّ مهما أمکن، و لا شکّ أنّ التثبت فی المقام و التحقیق عن صدق مقالهم أو کذبه، أقرب إلی الحقّ من التسرّع إلی القضاء فیکون واجباً.

و بذلک یظهر أنّه لا حاجة فی إیجاب التثبت إلی الاستدلال بعمل دانیال، أو داود علیهما السَّلام إذا کانت نفس أدلّة القضاء کافیة فی إثباته حتّی یستشکل بنسخ شرائعهم بشریعتنا، و یجاب بأنّه لا ینافی الأمر ببعض ما کان عندهم، إذ المسلَّم منعه التعبّد بشرعهم من حیث إنّه مشروع عندهم لا مطلقاً. «۱» و ذلک لأنّ ما ذکره من الإشکال و الجواب تبعید للمسافة بعد إمکان استفادة ذلک من نفس الأدلّة.

و من طرق التثبت هو تفریق الشهود تارة، و المتّهمین أُخری و قد قام بهما علی علیه السلام فتارة فرّق الشهود، و استنطق کلّ واحد بعیداً عن الآخر کما فی قصّة یتیمة شابّة تربّت فی بیت رجل و خافت امرأة الرجل من أن یتزوّجها (زوجها) فرمتها بالفاحشة و أقامت البیّنة من جاراتها «۲» و أُخری فرّق المتّهمین بالقتل، المنکرین له کما فی حدیث جماعة خرجوا إلی السفر فرجع الجمیع إلّا واحد منهم، فرفع ابن المفقود الشکوی إلی أمیر المؤمنین قال: هؤلاء النفر خرجوا و أبی معهم فی السفر فرجعوا و لم یرجع إلیّ فسألتُهم عنه، فقالوا مات فسألتُهم عن ماله فقالوا ما ترک مالًا فقدّمتهم إلی شریح فاستحلفهم، و قد علمت أنّ أبی خرج و معه مال کثیر فقال أمیر المؤمنین علیه السلام: و الله لأحکمنّ بینهم بحکم ما حکم به قبلی إلّا داود، إلی

---

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

آخرها. «۱»

و يستفاد من الروايات بعد التأمّل فيها عدم اختصاص التثبت بالتفريق بل للحاكم التوصل إلى معرفة الحقّ بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع و عليه لو كانت للحكومة دائرة خاصّة تسجّل أسماء الجانين و هويّاتهم ففى إمكان القاضى الاستعانة من ملفّاتهم أو غير ذلك من الطرق المبيّنة للحق. كما استعان على عليه السلام بالتكبير، و إراءة السيف و ما عرّف به نفسه إلى غير ذلك كما ورد فى الروايتين.

ثمّ إنّ الشهيد الثانى خصَّ التفريق بما قبل الاستزكاء إن احتيج إليه «۲» و أضاف إليه فى الجواهر فقال: «بل ظاهره حتى مع الريبة لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعى الموضوع للوزن به بين الناس» «۳» و معنى ذلك أنّه بعد الاستزكاء يسقط التثبت سواء كان هناك ريبة أو لا. و لكن الظاهر، عدم اختصاصه بما قبل الاستزكاء فإنّ عروض الريبة، مطلقاً يصدّ الفقيه عن التمسّك بالعمومات، لما عرفت من حديث الانصراف، أو لزوم القضاء بالحقّ مهما أمكن كما أنّ له التفريق من أوّل الأمر عند سماع الشهادة و إن لم تكن ريبة لإطلاق قوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲).

و تصوّر كونهم عدولًا بالاستزكاء يُغنى عن التثبت و يرفع الريبة مدفوع بأنّ العدالة تصدّ صاحبها عن الكذب غالباً و لكن ربّما يصير مغلوباً للميول النفسانية، و بذلك يظهر أنّه ربّما يكون التثبت واجباً لا مستحبّاً و يصبح التفرق المحقِّق له مثله فى الحكم، نعم الوجوب يتعلّق بالعنوان و هو التثبّت، و التفريق و كلّ ما يحقّقه مصداق له.

ثمّ إنّ المحقّق ذكر فى المسألة الرابعة عشرة، ما يعدّ تكميلًا لما ذكر فى المقام و سيوافيك نصُّه هناك.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۲.

(۳) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۳

المسألة العاشرة: ما هو المعتبر فى الجرح و التعديل؟

المعروف بين المتأخّرين أنّه يشترط فى مستند الشهادة على الجرح العلم أو الشياع الموجب للعلم بخلاف الشهادة على العدالة.

قال المحقّق: لا يشهد شاهد بالجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعاً موجباً للعلم و لا يعوّل على سماع ذلك من الواحد و العشرة لعدم اليقين بخبرهم. «۱» و تقييده الفعل ب «ما يقدح فى العدالة» لأجل التحرز عن مشاهدة نفس الفعل من دون إحراز أنّه يقدح فيها كما إذا شاهد شرب الخمر و لكن يحتمل أن يكون عن إكراه مسوِّغ أو لمداواة.

و قال العلّامة: و يحرم الشهادة على الجرح إلّا مع المشاهدة أو الشياع الموجب للعلم. «۲»

و قال فى القواعد بمثل ما قاله المحقّق فى الشرائع. «۳»

و قال الشهيد الثانى: المعتبر فى التعديل، الخبرة الباطنة الموجبة لغلبة الظنّ بالعدالة و أمّا الجرح فلا يكفى فيه مطلق الظنّ إجماعاً بل لا بدّ فيه من العلم بالسبب إمّا بالمشاهدة بأن يراه يزنى أو يشرب الخمر أو يسمعه يقذف أو يقرّ على نفسه بالزنا أو شرب الخمر و أمّا إذا سمع من غيره فإن بلغ المخبرون بهذا التواتر جاز الجرح لحصول العلم، و إن لم يبلغوا حدّ العلم لكنّه استفاض و انتشر حتّى قارب العلم ففى جواز الجرح به وجهان، من أنّه ظنّ و قد نهى الله عن اتّباعه إلّا ما استثنى، و من أنّ ذلك ربّما يكون أقوى من البيّنة المدّعية للمعاينة و يظهر من

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۷.

(۲) العلّامة الحلى، ارشاد الأذهان: ۲/ ۱۴.

(۳) مفتاح الكرامة: ۱۰، قسم المتن: ۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۴

المصنف (المحقّق) و الأكثر اشتراط العلم فلا يصحّ بدونه و هو أولى. «۱»

أقول: الـذى دعاهم إلى التفريق بين الشـهادتين، أخذ العلم فى الشـهادة، و لكن لمّا كانت العدالة عندهم ملكة خفية و التكليف بالعلم حرج منفى فاكتفوا بغير العلم، بخلاف الجرح، إذ ليس أمراً مخفياً، بل يسهل الوقوف عليه بالمشاهدة أو بالشياع المفيدين للعلم، مضافاً إلى ثبوتهما بالبيّنة.

يلاحظ عليه: تارة بالنقض بما تقرّر فى الأُصول من أنّه يكفى فى جرح الراوى، شـهادة واحد بل يثبت بالكُتُب و بشهادة مصنّفهم به مع عدم مشاهدته للجارح، و عدم ثبوت جرحه عنده بالتواتر و نحوه بل ينقله عن واحد و يرويه فى كتابه.

و أُخرى بالحلّ و هو أنّ الملكة و إن كانت باطنية إلّا أنّ آثارها تدلّ عليها و يحصل القطع بها منها بكثرة المعاشـرة و الصـحبة كما هو الشـأن فى سائر الملكات فإنّ الإنسان يقطع بأنّ زيـداً شـجاع أو كريم لما رآه غير مرّة من إقـدامه فى الحروب و إعطاءه فى المسـغبة و كـذا الشـأن فى الجبن و البخـل و كـذا ملكـة الاجتهـاد تعرف بآثارهـا و لاـ حرج ذلـك إذا كـان المزكّى عارفاً زكياً بأحوال الجرح و التعديل. «۲»

و يمكن الجواب عن الأوّل بـأنّ وجه الاكتفاء بالظنّ فى الراوى، لأجل بعـد عهـده و عـدم إمكان ملاقاته و المعاشـرة معه، فاكتُفِى فيه بالظنّ بخلاف الشاهد فإنّ تحصيل العلم بحاله ليس بمعسور.

و عن الثـانى: بأنّ تحصـيل العلم بالعدالـة، و إن كان أمراً ممكناً كما مرّ، لكنّه ليس متوفّراً، و لو اكتفى فى التعـديل بما ذكر لزم تعطيل باب القضاء و هو يطلب لنفسه عشرات العدول فى مختلف القضايا كلّ يوم و لأجل ذلك، فُرِّق بين التعديل و الجرح.

---

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۴.

(۲) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۵

إلى هنا تمّ ما يمكن أن يـذكر وجهاً لما هو المشـهور من التفصـيل بين التعـديل و الجرح. و الـذى يمكن أن يقال إنّ العلم مأخوذ فى موضوع الشـهادة، كما هو اللائـح من الروايات، روى على بن غياث عن أبى عبد الله عليه السـلام قال: «لا تشـهدنّ بشـهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفك» «۱» و قال الصـدوق: و روى أنّه لا تكون الشـهادة إلّا بعلم ۲، و روى المحقّق فى الشـرائع عن النبىّ و قد سـئل عن الشـهادة قـال: «هل ترى الشـمس؟ على مثلها فاشـهد أو دع». ۳ مضافـاً إلى أنّ الحضور و العلم من معطيـات لفظها. فمقتضـى القاعـدة شرطية العلم فى كلتا الشهادتين: الشهادة بالتعديل و الشهادة فى الجرح، لكن الموجب للتوسّع هو ما يلى:

إنّ العلم و إن كـان مـأخوذاً فى مفهوم الشـهادة لكن أُخـذ بمـا أنّه طريق إلى الواقع لاـ بما أنّه وصف نفسانى و قـد حقّقنا فى محلّه أنّ الحجـج الشـرعية تقـوم مقـام العلـم الموضـوعى الطريقى بنفس أدلّـة حجّيتهـا، من دون حاجـة إلى دليـل، بخلاـف العلم المـأخوذ فى الموضوع بما أنّه وصف فإنّ الأمارات لا تقوم مقامها بنفس أدلّتها بل يحتاج إلى دليل آخر.

و على ضوء ذلك تصحّ الشهادة بالحجج و الأمارات لكونها قائمة مقام العلم المأخوذ فيها و هى:

۱- إذا قامت البيّنة على عدالته أو جرحه، فتصحّ الشهادة على تعديله أو جرحه اعتماداً عليها، لكونها قائمة مقام العلم.

۲- إذا أخبر العـدل، عن عدالـة الشاهـد أو جرحه، و قلنـا بحجّيـة خبر العـدل فى الموضوعـات كالأحكام (غير الـدعاوى و المرافعات)

فتصحّ له الشـهادة على أحـد الأمرين، فإنّ العلم و إن كان معتبراً فى الشـهادة لكنّه أخـذ فيها بما أنّه طريق و حجّة فتقوم الأمارة مقامها لكونها معتبرة بهذه الحيثية.

---

(۱) ۱ و ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۶

۳ إذا كان واقفاً على عدالـة زيـد، ثمّ غاب عنه و احتمل زوالها فتصحّ الشـهادة على عدالتها، لأنّ حكم الشارع على بقاء العدالة و لزوم التعبّد ببقائها يكون حاكماً على الدليل الواقعى و تكون النتيجة أنّ العلم المعتبر فيها أعم من الحقيقى و التنزيل.

و على ضـوء ذلـك يكـون التعـديل و الجرح سيّان يثبتـان بـالعلم و بالحجـج المعتـبرة، دون الظنون غير المعتـبرة و إن بلغ مرتبـة الظنّ الحاصـل من البيّنـة و خبر العـدل إلّا أن يبلغ مرتبـة الاطمئنـان و سـكون النفس الـذى يعـدّ علماً عرفياً، لا ظنّاً فلا يبعـد الاعتماد عليه و الشهادة به.

و ممّا ذكرنا من حكومـة أدلّـة الحجـج و الأمارات، على موضوع الحكم الواقعى يظهر عـدم تماميـة ما ذكره صاحب الجواهر من لزوم الاكتفاء بالعلم قال: لكن يـدفعه اعتبار العلم فى الشاهد على وجه لا تقوم مقامه الحجّة شـرعاً بل لو أراد ذلك على وجه الشـهادة كان مدلّساً، بخلاف الشـهادة على الملك باليد الدالّة عليه، باعتبار أنّ الشـهادة شـرعاً و عرفاً بنحو ذلك. «۱» و ذلـك لأنّ ما ذكره إنّما هو مقتضـى الـدليل الأوّلى، و لكن بعد قيام الدليل على حجّية قول العدلين بل العدل الواحد، فى الموضوعات كالأحكام، يكون معناه أنّ كل واحـد يقوم مقام العلم المأخوذ فى الشـهادة و إن شـئت قلت: المراد من العلم فى الشـهادة، هو الحجّـة الشـرعية لا العلم الوجدانى المنطقى كما هو المتبادر من اليقين فى أدلّة الاستصحاب.

بـل الظـاهر من روايـة حفص بن غياث: أنّ كل ما يجوز العمل به، يجوز الشـهادة به فقـد وردت فى مورد الشـهادة باليـد، و أنّها يجوز العمل بها، فيجوز الشهادة بها. «۲»

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۵.

(۲) و إليـك نصه عن أبى عبـد اللّه عليه السَّلام قال: قال له رجل: إذا رأيتُ شـيئاً فى يـدى رجل يجوز لى أن أشـهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرّجل: أشهد أنّه فى يده، و لا أشهده أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبد اللّه عليه السَّلام

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۷

و مـا ذكرناه فى المقام أضـيق مما جاء فى الروايـة و هو أنّه تجوز الشـهادة بالحجـج و الأمارات القائمـة مقام العلم لا أنّه يجوز بكل ما يعمل به.

و هناك طريق آخر: و هو أنّه أن يعتمد على الحجّة، و يخبر عن مضـمونها بلا ضمّ لفظ الشهادة فلو أخبرت البيّنة أو العدل الواحد عن عدالـة زيـد، أو جرحه، فيخبر فى الحقيقـة عن الواقع، لأجل قيام الدليل من دون أداءه بلفظ الشـهادة، فيجب على القاضـى ترتيب الأثر على إخباره و هو التعبّد بعدالته أو جرحه و إن لم تكن هناك شهادة.

المسألة الحادية عشرة: الشهادة بالاستصحاب

إذا ثبتت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبيّن ما ينافيها و ذلك لأنّ العلم المأخوذ فى الشهادة موضوعى طريقى و المقصود هو الشـهادة عن حجّة و الاستصحـاب حجّة تنزيليّة و ما ذكره المحقّق من جواز الشـهادة بالاستصحـاب دليل واضح على أنّ المراد من العلم المأخوذ فى الشهادة، هو الحجّة الشرعية.

المسألة الثانية عشرة: فى تنظيم الملفّات

ينبغى أن يجمع قضايا كلّ أُسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، خلاصة ما فى الملفّ، بحيث إذا رجع هو أو غيره إليها، يقف على ما فيه على وجه الإجمال. فإذا اجتمع ما لشهر، كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة، جمعه و كتب

أ فيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه عليه السَّلام: فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك ثمّ تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثمّ قال أبو عبد اللّه عليه السَّلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۸

عليه، قضاء سنة كذا كل ذلك لغاية تسهيل إخراج المطلوب منه له و لمن بعده.

روى الكلينى عن عقبة بن خالد قال: قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام لو رأيت غيلان بن جامع و استأذن علىّ فأذنت له و قد بلغنى أنّه كان يدخل إلى بنى هاشم فلمّا جلس قال: أصلحك الله أنا غيلان بن جامع قاضى ابن هبيرة إلى أن قال: قلت: كيف تقضى يا غيلان؟ قال: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا و كذا، من شهر كذا و كذا، من سنة كذا، ثمّ أطرحه فى الدّواوين، قال: قلت: يا غيلان هذا لحتم من القضاء. «۱»

أقول: ما جاء فى هذه المسألة يرجع إلى الشكل دون المحتوى و ما زال يتوسّع حسب توسّع المجتمعات و كثرة المراجعات و لأجله مسّت الضرورة لتأسيس دائرة خاصّة باسم دائرة قسم الملفّات و الأضابير للموضوع، لها مسئول و موظّف، و لن يقف التنظيم لحدّ بل يتّبع متطلّبات العصر، و لم يرد فى الإسلام شكل خاصّ بل هو تابع لمقتضيات الزمان

المسألة الثالثة عشرة: فى نفقة المحضر

كلّ موضع وجبت على الحاكم فيه كتابة المحضر، فإن حُمل له من بيت المال ما يصرفه فى ذلك وجبت عليه الكتابة و مثله ما إذا أحضر الملتمس ما يصرفه فى الكتابة، و لا يجب على القاضى بذل الورق و الحبر و غير ذلك إنّما الكلام فى وجوب الكتابة عليه. و الظاهر وجوبها عليه فى صورة واحدة و هى إذا توقف تنفيذ الحكم على كتابة المحضر، و إلّا يكفى الحكم مع الإشهاد عليه و ذلك لأنّ الكتابة لها، طريقية، فإذا توقف التنفيذ عليها، تجب، لأنّه من شئون القضاء الواجب و إلّا فلا.

---

(۱) الكلينى، الكافى: ۷/ ۴۲۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۹

و ربّما يتوهم الوجوب تمسّكاً بقوله سبحانه فى كتابة الدين: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ) (البقرة/ ۲۸۲) لكن الآية ليست ظاهرة فى الوجوب حتّى يتعدّى عن الدين إلى القضاء.

و الحقّ ما ذكرناه من التفصيل و يكفى فى الوجوب توقّف القضاء المنتج عليه.

المسألة الرابعة عشرة: فى تعنيت الشهود

ليس للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القوية مثل أن يفرّق بينهم لأنّ فى ذلك نوع غضاضة لهم. و

العنت هو إيقاع الشهود فى أمر شاقّ: و لو استلزم الامتهان لهم، يكون محرّماً لا مكروهاً و لأجل ذلك قلنا: «ليس للحاكم» مكان قول المحقّق: «يكره للحاكم»، لما عرفت من أنّه ربّما يكون حراماً و أمّا عند الريبة فقد مرّ حكمه و قلنا بأنّ القضاء بالحقّ إذا كان متوقفاً عليه، يجب على وجه يجمع بين كرامة الشهود، و القضاء بالحقّ.

المسألة الخامسة عشرة: فى المداخلة فى كلام الشاهد

ليس للحاكم أن يُتعْتِع الشاهد و هو أن يداخل فى تلفظه بالشهادة أو يعقّبه لكلام بل يجب عليه أن يكفّ عنه حتّى ينتهى ما عنده. و ذلك لأنّ الغاية منه إمّا أخذ الإقرار إذا أراد الإنكار أو الإنكار إذا أراد الإقرار فتحرم، إذ فيه إمّا إحياء للباطل أو إمامة للحق. نعم لو كانت الغاية هو الإعانة عليه ليبرر ما هو مقصده، فليس بحرام و لا مكروه و لو تردّد الشاهد فى الشهادة لم يجز ترغيبه فى الإقدام على الإقامة و لا تزهيده فى إقامتها. لما فيه من الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۰

نعم خرج منه حقّ الله فللحاكم إيقاف المتّهم عن الإقرار كما مرّ فى عمل القاضى بعلمه. و مرّ حديث النبى مع «ماعز».

المسألة السادسة عشرة: فى ضيافة أحد الخصمين

يكره للحاكم أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه لما فى معتبرة السكونى أنّ رجلًا نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أيّاماً ثمّ تقدّم إليه فى خصومة لم يذكرها لأمير المؤمنين عليه السلام فقال له: أ خصم أنت؟ قال: نعم قال: تحوَّل عنّا فإنّ رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلّا و معه خصمه. «۱» و المتبادر هو الكراهة. لإبعاد القاضى عن التهمة.

المسألة السابعة عشرة: فى الرشوة موضوعاً و حكماً

اشارة

الرشوة مثلث الفاء مأخوذة من رشا الفرخ. إذا مدّ رأسه إلى أُمّه ليزقَّه أى ليطعمه بمنقاره، و الرشا: رسّ الدلو، الذى يتوصّل به إلى الماء. و قال ابن فارس: «رشى» أصل يدلّ على سبب أو تسبب لشىء برفق و ملاينة. تقول: ترشيت الرجل: لاينته، و راشيتُ الرجل: إذا عاونتَه فظاهرته.

و بإحدى المناسبات الثلاث، يطلق الرشوة على الشىء المدفوع إلى القاضى و غيره لغاية خاصّة فعمل الراشى أشبه بعمل الفرخ، أو ملقى الدلو إلى داخل البئر، ليتوصّل به إلى الماء، لكن بمرونة و ملاينة، و لطافة.

و يقع الكلام فى أُمور:

الأوّل: الرشوة فى المعاجم و كلمات الفقهاء

۱- قال الفيّومى: الرشوة ما يعطيه الشخص الحاكم أو غيره ليحكم له أو

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۱

يحمله على ما يريد.

۲- قال ابن الأثیر: الرشوة و الرشوة: الوُصلة إلی الحاجة بالمصانعة و أصله من الرشا الذی یتوصّل به إلی الماء، فالراشی من یعطی الذی یعینه علی الباطل، و المرتشی: الآخذ، و الرائش الذی یسعی بینهما، یستزید لهذا و یستنقص لهذا. فأمّا من یعطی توصّلًا لأخذ حقّ، أو دفع ظلم فغیر داخل فیه.

۳- و قال الزمخشری فی أساس البلاغة: الرِشوة بکسر، ما یعطیه الشخص للحاکم و غیره لیحکم له أو یحمله علی ما یرید.

۴- و قال الطریحی: قلّما تستعمل الرشوة إلّا فیما یتوصّل به إلی إبطال حقّ أو تمشیة باطل، و هو ظاهر.

۵- و قال الفیروزآبادی: الرشوة الجُعل.

و المتحصّل من ضمّ البعض إلی بعض أنّ الرشوة، ما یتوصّل به إلی الحکم لمصالح الدافع حقّاً کان أو باطلًا و أحسن التعابیر ما ذکره الزمخشری حیث قال: ما یعطیه الشخص للحاکم أو غیره لیحکم له.

هذه کلمات اللغویین و إلیک کلمات الفقهاء بوجه موجز:

۱- قال الشیخ: و القاضی بین المسلمین و العامل علیهم یحرم علی کل واحد منهم الرشوة لما روی أنّ النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم قال: لعن الله الراشی و المرتشی فی الحکم و هو حرام علی المرتشی بکل حال، و أمّا الراشی فإن کان قد رشاه علی تغییر حکم أو إیقافه فهو حرام. «۱»

۲- و قال ابن إدریس: و القاضی بین المسلمین و الحاکم و العامل علیهم یحرم علی کلّ واحد منهم الرشوة ... إلی آخر ما نقلناه عن الشیخ بنصّه. «۲»

۳- و قال العلّامة: و الرشوة حرام علی آخذها و یأثم دافعها إن توصّل بها

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۱.

(۲) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۶۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۰۲

إلی الباطل لا إلی الحقّ و یجب علی المرتشی إعادتها، و إن حکم علیه بحقّ أو باطل «۱»

۴- و قال العاملی: الرشوة للحکم حقّاً أو باطلًا کما هو الحقّ فهی حرام علی الراشی أیضاً مطلقاً و لا ینبغی تعریفها بأنّها التی یشترط بإزائها الحکم بغیر الحقّ، أو الامتناع من الحکم بالحقّ کما صنع بعض الأصحاب. ۲

۵- و قال السیّد الطباطبائی: الرشوة ما یبذله للقاضی لیحکم له بالباطل أو لیحکم له حقّاً کان أو باطلًا، أو لتعلّمه طریق المخاصمة حتی یغلب خصمه. ۳

و لا بدّ تخصیص الجزء الأخیر من کلام السیّد الطباطبائی بما إذا کان المتعلّم مبطلًا و إلّا فتعلیم المحقّ للغلبة علی الباطل لا یکون حراماً.

و لعلّ أغلب هذه الکلمات تهدف إلی معنی واحد و هو دفع مال أو غیره إلی القاضی لیحمله علی ما یرید و هو علی أقسام:

۱- أن یحمله علی الحکم بالباطل.

۲- أن یحمله علی الحکم بما یرید من دون تقییده بالحقّ و بالباطل.

۳- أن یحمله علی الحکم بالحقّ بحیث لو لا الدفع لما حکم به قطعاً أو احتمالًا.

و الظاهر دخول الجمیع تحت الرشوة کما عرفت فی کلام العاملی و جوازها لأجل قاعدة لا ضرر و غیرها لا یکون دلیلًا علی خروجها عنها موضوعاً کما سیأتی. و تفسیرها بالبذل لإبطال الحقّ أو إحقاق الباطل تفسیر بالمصداق الغالبی و حاصل مفهومها التزام القاضی فی مقابل أخذ مال أو غیره، بعمل، لولاه لما قام به سواء کان ذلک العمل إبطالًا لحقّ أو إحقاقاً لباطل، أو حکماً بالحقّ.

(۱) ۱ و ۲ مفتاح الکرامهْ: ۱۰/ ۳۳، المتن و الشرح.

(۲) ۳ السید الطباطبائی، ملحقات العروهْ: ۲/ ۲۲.

الثانی: الرشوهْ غیر مختصّهْ بباب القضاء

إذا کـانت الرشوهْ مـا یتوصّـل به إلی ابطـال حقّ أو تمشـیهْ باطـل، فلا تختصّ بالقاضـی بل تعمّ الحاکم و العامل و قـد عرفت فی کلام الشیخ و ابن إدریس عطفَ الحـاکم و العامل إلی القاضـی بل تعمّ ما یـدفع إلی موظّف أو ظالم مقتـدر، لیسـتعین به فی محو الحقّ أو إحیاء الباطل، أو الحکم بالحقّ، بحیث لولاها لما حکم. و هو الظاهر من کلام الزمخشری حیث قال: «ما یعطیه الشخص للحاکم و غیره لیحکم له، أو یحمله علی ما یرید».

فإن قلت: ظاهر الآیـهْ، أعنی: قوله سبحانه: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرهْ/ ۱۸۸) اختصاصـها بما إذا کان الآخذ حاکماً و المراد منه القاضی فلا یشمل ما إذا دفع شیئاً لغیر القاضی، من سائر الحکّام و الموظّفین، و الظالمین للاستعانهْ بهم فیما یریده، من إبطال الحقّ، أو تمشیهْ الباطل و غیرهما.

قلت: سیوافیک عنـد البحث عن حکم الرشوهْ أنّ القیود الواردهْ فی الآیـهْ، غالبیّهْ، و لیست لها خصوصـیهْ و ذلک لأنّ إبطال الحقّ، فی العصور السابقهْ و العصر الحاضر، بید القضاهْ و لأجل ذلک خصّ القضاهْ بالذکر فیکون القید وارداً مورد الغالب.

و أمّا الروایات فما اقترن فیها الرشاء بالحکم، لا یهـدف إلی اختصاصـها بالحکم، بل بصدد بیان أنّ الرشاء فی الحکم، کفر بالله «۱» أو سحت، «۲» أو شرک «۳» لا أنّ الرشاء مختصّ بباب الحکم بل الرشاء مفهوم عام و له مصادیق و لکن حرمهْ

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱، ۲، ۸، ۱۲، ۱۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۴، ۵، ۹.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱۰.

قسم منه مؤکّدهْ و هو الرشاء فی الحکم، فهو سحت، و کفر بالله، و شرک به.

الثالث: حکم الرشوهْ فی الکتاب و السنّهْ

إنّ حرمهْ الرشوهْ من ضـروریات الفقه الإسـلامی التی دلّ علیها الکتاب و السـنّهْ و الإجماع و العقل، بل اتّفق علیها الشـرائع السـماویهْ و عقلاء العالم و إن لم یکونوا منتحلین إلی شریعهْ، و لذا تعدّ حرمهْ الرشوهْ فی الإسلام، حکماً إمضائیّاً، لا تأسیسیّاً.

فمن الکتـاب قوله سبحانه: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرهْ/ ۱۸۸)، و قد جاء صدر الآیهْ أیضاً فی آیهْ أُخری «۱» و لکن لا صلهْ لها بالمقام و فسّرها فی المجمع بالنحو التالی:

«لا- یأکـل بعضُـکم مـال بعض بـالغصب و الظلم و الوجوه التی لا- تحـلّ، و تلقوا بالأ-موال إلی القضـاهْ لتأکلوا طائفـهْ من أموال الناس، بالعمل الموجب للإثم و کان الأمر بخلافه و أنتم تعلمون أنّ ذلک الفریق من المال لیس بحقّ لکم و أنتم مبطلون». «۲»

و قـال السیّد الأُسـتاذ قـدَّس سرَّه فی المیزان: «الإدلاء- إرسـال الـدلو فی البئر لنزح المـاء کُنی به عن مطلق تقریب المـال إلی الحکّام

لیحکموا کما یریده الراشی، و هو کنایة لطیفة تشیر إلی استبطان حکمهم، المطلوب بالرشوة الممثّل لحال الماء الذی فی البئر بالنسبة إلی من یریده، و الآیة مسوقة للنهی عن تصالح الراشی و المرتشی علی أکل أموال الناس بوضعها بینهما و تقسیمها لأنفسهما بأخذ الحاکم ما أُدلی به منها

(۱) النساء، الآیة ۲۹: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ و لا تَقْتُلُوا أَنْفُسَکُمْ إِنَّ اللّهَ کانَ بِکُمْ رَحِیماً).

(۲) الطبرسی، مجمع البیان: ۱/ ۲۲۸، ط صیدا.

إلیه، و أخذ الراشی فریقاً آخر منها بالإثم و هما یعلمان أنّ ذلک باطل غیر حقّ». [۱]

و الحاصل: أنّ صدر الآیة نهی عن مطلق أکل الأموال بالباطل کما ذکره الطبرسی، لکن قوله تعالی: (وَ تُدْلُوا بِها) إشارة إلی قسم خاص منه و هو تقریب بعض المال إلی الحاکم لیحکم لصالحه حتّی یتسنّی للراشی أکل البعض الآخر الذی یدلّ علیه قوله تعالی: (لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ).

و الغایة من دفع المال إلی الحاکم، هو حکمه لصالحه، و هما یتواطآن علی ذلک بأنّ هذا، بدل ذاک سواء صرّحا بذلک أو أضمرا و کان معلوماً لهما و بذلک یتّضح الفرق بین الرشوة و الهدیة، فالأوّل مشتمل علی المقابلة صریحاً أو ضمیراً بخلاف الثانی، فلیس هناک أیّة مقابلة لا فی الظاهر و لا فی الباطن، و الفرق بینهما کالفرق بین البیع و الهبة و یشیر إلی ما ذکر، حرف اللام فی قوله: (لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ) و اللام للغایة.

و یدلّ علی الحرمة لفیف من الروایات التی أشرنا إلی مواضعها فلاحظ.

هذا و الرشوة من المفاهیم ذات الإضافة، لها إضافة إلی الراشی، و إضافة إلی المرتشی، و إلی المال المعطی (الرشوة) فإذا دلّ الدلیل علی حرمة الرشا، فیکون دلیلًا علی کونه حراماً علی المعطی و الآخذ و لأجل ذلک تری أنّ الآیة توجّه الخطاب إلی الراشی أوّلًا و بالذات و تقول: (وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ)، و بذلک تستغنی عن الاستدلال علی الحرمة فی جانب المعطی بالنبوی المروی من قوله صلّی الله علیه و آله و سلّم: «لعن الله الراشی و المرتشی». [۲]

و قال السیّد الطباطبائی: کما یحرم علی الآخذ، کذا یحرم البذل علی الباذل

(۱) العلّامة: الطباطبائی، المیزان: ۲/ ۵۲، ط طهران.

(۲) النوری، المستدرک: الجزء ۱۸، الباب ۸، من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۸.

لقوله: «لعن الله الراشی و المرتشی» و لکونه إعانة علی الإثم. [۱]

یلاحظ علیه: أمّا النبوی فلم یثبت سنده و أمّا الثانی فمنصرفه ما إذا کان الغیر قاصداً لارتکاب الحرام، فالآخر یعینه فی ذلک الهدف مثلًا لو حاول ضربَ الیتیم، فیعطیه العصا، أو قتل إنسان فیعینه بالآلة القتّالة، و أمّا إذا لم یکن المقصود الأصلی هو إعانة الغیر و دفعه إلی المحرّم، بل کان الهدف الأصلی هو أکل الدافع أموال الناس بالإثم فی ظلّ حکم القاضی فشمولها له مورد تأمّل.

و الأولی الاستدلال بنفس الآیة المغنی عن هذه المستمسکات.

الرابع: حکم الرشا فی إحقاق الحقّ

قد عرفت أنّ الرشا، هو دفع شىء للقاضى ليلزم بشىء من غير فرق بين الحكم بالباطل أو الحكم لصالحه حقّاً كان أو باطلًا أو الحكم بالحقّ، لكن يقع الكلام فى أنّه هل يجوز إذا توصّل بها إلى حقّ. ثمّ إنّ للتوصّل بها إليه صورتين: إمّا يتوقّف إنقاذ الحقّ عليها أو لا. و على كلا التقديرين إذا جاز للدافع فهل يجوز للآخذ أو لا.

قال الشيخ: و إن كان لإجرائه على واجبه لم يحرم عليه، أن يرشوه كذلك لأنّه يستنقذ ماله فيحلّ ذلك له و يحرم على آخذه لأنّه يأخذ الرزق من بيت المال. و إن لم يكن له رزق كما إذا قال لهما: لست أقضى بينكما حتّى تجعلا لى رزقاً حلّ ذلك له حينئذ عند قوم و عندنا لا يجوز بحال. «۲»

و قال ابن إدريس: إن كان على إجرائه على واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لأنّه يستنقذ ماله، فيحلّ ذلك له و يحرم على الحاكم أخذه. «۳»

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۲.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۱.

(۳) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۷

و قال المحقّق: و لو توصّل إلى حقّ لم يأثم. «۱»

و قال السيّد الطباطبائى: نعم لو كان كارهاً فى الدفع لا حرمة عليه، و كذا لو توقّف استنقاذ حقّه على ذلك و إن كان محرّماً على الآخذ. «۲»

أمّا جوازه للدافع فلوجهين: الأوّل: عدم دخوله فى الآية المباركة، لأنّ الغاية من الدفع فيها هو أكل أموال الناس بالإثم و هو لا يريد سوى استنقاذ حقّه فليس عمله داخلًا فى الغاية.

الثانى: قد عرفت أنّه داخل فى الرشوة موضوعاً و لكن، يحكم عليه بالحلّية فى هذا الفرض لقاعدة لا ضرر. و أمّا كونه حراماً على الآخذ لأنّه أكل المال بالباطل فعمله داخل فى صدرها. و إنّما تصدق الرشوة فى حقّ المنصوب بالقضاء و الحكم فإذا مُنع من الرشوة لما حكم بالحقّ، بل حكم بالباطل. لأخذ الرشوة من صاحبه، و أمّا من ليس منصوباً بالقضاء، فيطلب الأُجرة على القضاء بالحقّ و إلّا، فلا يتصدّى للأمر، فهو خارج عن موضوع البحث، و داخل فى جواز أخذ الأُجرة على القضاء و عدمه. و بذلك تعلم الخلل فى كلام الشيخ الطوسى حيث فرض المسألة فى الصورة الأخيرة كما لا يخفى.

ثمّ هل الدفع من جانب المعطى رشوة محلّلة كما هو الحال فى صورة الإكراه، أو ليس رشوة موضوعاً و إن كان رشوة بالنسبة إلى الآخذ. لا يترتّب على ذلك ثمرة، و إن كان الأوّل لا يخلو عن قوّة. و قد عرفت وجود السعة فى التعريف السابق لها: و هو الدفع لأجل الحكم بالباطل، أو الحكم لصالحه حقّاً كان أو باطلًا، بإضافة ما يشمل ذلك القسم أيضاً.

ثمّ إذا لم يتوقّف استنقاذ الحقّ عليه، كما إذا كان لأخذ الحقّ، طريقان: أحدهما ذلك و الآخر، التقاص من ماله أو التوسل بأصحاب القدرة فهل يجوز

---

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۶۹.

(۲) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۸

أولا فيه وجهان:

۱- الجواز، لانتفاء الغاية الواردة فى الآية من أكل أموال الناس بالإثم و لقاعدة لا ضرر، كما مرّ، و توهم أنّه من باب الإعانة على الإثم قد عرفت حاله.

۲- عدمه لكون الرشوة أوسع ممّا جاء فى الآية، و لا موضوع لقاعدة لا ضرر لعدم الضرر بعد وجود طريق مشروع لأخذ الحقّ. و الثانى هو الأقوى لانّه رشوة.

الخامس: فى عدم اختصاص الرشوة بالمال و القاضى و الحقّ

ثمّ إنّ هنا أُموراً ثلاثة لا يدلّ عليها منطوق الآية و لكن يمكن استخراج حكمها بالتأمّل منها:

۱- هل الرشوة تختصّ بالمال، أو تعمّ غيره كالخياطة، أو قضاء حاجة القاضى فى موضوع آخر، أو مدحه بالشعر و الخطابة؟ يظهر من السيّد الطباطبائى كونها أعم. قال: الرشوة قد تكون مالًا من عين أو منفعة و قد تكون عملًا للقاضى كخياطة ثوبه أو تعمير داره أو نحوهما و قد تكون قولًا كمدحه و الثناء عليه. «۱»

و العرف يساعده، و أمّا الآية فالمذكور فيها، هو إدلاء المال إلى الحاكم و لكنّه وارد مورد الغالب، و المقصود أنّ كلّ تسبب إلى الغاية المحرّمة (أكل أموال الناس بالإثم) حرام فحرمة الغاية توجب سراية الحرمة إلى كلّ سبب مالًا، كان أو منفعة، أو عملًا للقاضى.

۲- و بذلك تعلم الحال فى دفع المال إلى الظالم للغاية المحرّمة و إن لم يكن قاضياً، فهو أيضاً من مصاديق الرشوة و قد مرّ أنّ ذكر الحكّام فى الآية من باب أغلب المصاديق.

قال السيّد الطباطبائى: لا تختصّ الرشوة ما يبذل للقاضى ليحكم له، بل

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۹

تجرى فى غير الحكم أيضاً كما إذا بذل شيئاً لحاكم العرف أو الظالم أو رئيس ليعينه على ظلم أو غيره من المعاصى و نحو ذلك فتكون حراماً «۱» نعم لو بذله شيئاً ليعينه على إحقاق حقّ أو دفع ظلم أو أمر مباح فلا إشكال. و أمّا فى القاضى فقد مرّ الكلام فيه و أنّه رشوة محرّمة.

۳- كما أنّ بذل الرشوة لأكل المال بالإثم حرام و كذلك تحرم إذا كان الهدف إبطال الحقّ كما إذا رشا القاضى، ليحكم بأنّ حقّ الحضانة فى البنت فوق السنتين للأب، مع أنّه للأُم إلى سبع سنين، و ذلك لأنّ أكل المال بالإثم، وارد مورد الغالب.

السادس: حكم بيع المحاباة

اشارة

و هو بيع الغالى بقيمة رخيصة كبيع ما يساوى ألف، بمائة، و تكون المعاملة غطاءً لدفع المال إلى القاضى ليحكم له. و لا شكّ فى حرمته لحرمة غايته و هو أكل أموال الناس بالإثم، إنّما الكلام فى فساده. قال فى الجواهر فى شرح قول المحقّق: «و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها» ما هذا نصّه: حتّى لو وقعت فى ضمن عقد هبة أو بيع محاباة أو وقف فإنّه بناء على أنّ نحو ذلك من أفراد الرشا لا ريب فى فساد العقود المزبورة نحو ما كان منها إعانة على الإثم ترجيحاً لأدلّة فسادها على ما يقتضى صحّتها، بل النهى فيها عن نفس المعاملة بل لعلّ ذلك مبنى على فساد الرشوة التى هى غالباً تكون بعنوان الهبة رشوة. «۲»

يلاحظ عليه: أنّه إذا لم يكن النهى متعلّقاً بنفس المعاملة، بل بعنوان خارج عن حقيقتها، ككونها إعانة على الإثم، أو رشوة ففى مثلها لا يقتضى الفساد، إذ غاية ما ذكره، أنّ العقد و المعاملة أى الإيجاب و القبول، مصداق لعنوان الرشوة،

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۳۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۱۰

و لكن المعاملة ليست محرّمة بالذات، فعندئذ تصحّ المعاملة و يكون نفس العمل حراماً تكليفاً.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم قسّم المعاملة المحابى فيها إلى أقسام ثلاثة و رجّح الفساد فى الجميع قال و له أقسام:

۱- ما لم يقصد من المعاملة إلّا المحاباة التى فى ضمنها.

۲- قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطئا عليه من الشروط غير المصرّح بها فى العقد و هى الرشوة.

۳- قصد أصل المعاملة، ثمّ حابى فيها لجلب قلب القاضى فهى كالهدية ملحقة بالرشوة و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى. «۱»

يلاحظ عليه بوجهين:

الأوّل: إنّ رمى الجميع بسهم واحد غير تامّ، و الأوّل باطل لأجل عدم قصد المعاملة، و الثانى باطل لأجل بطلانها بمقدار المحاباة، المستلزم لبطلان أصل المعاملة.

و أمّا الثالث: فقابل للملاحظة فربّما يقال أنّ ظاهر القواعد الصحّة، لكون الرشوة داعياً، فيها. إلّا أن يقال فيها بالبطلان فإنّ الهدية غطاء على الرشوة و واجهة لها فانتظر.

الثانى: إنّ سياق كلامه أنّ البطلان لأجل انطباق أمر خارج على المعاملة، و قد عرفت انّه لا يستلزم البطلان.

نعم للسيّد الطباطبائى كلام فى المقام أشار فى آخره بما يمكن أن يكون سنداً للبطلان.

---

(۱) الأنصارى، المكاسب المحرّمة: ص ۳۱، ط تبريز.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۱۱

قال معترضاً على كلام المحقّق الأنصارى: إنّه اختار فى مسألة الإعانة على الإثم عدم فساد البيع إذا قصد توصل الغير إلى المحرّم مثل بيع العنب ليعمل خمراً و ذلك لتعلّق النهى بما هو خارج عن المعاملة و هو الإعانة إلى أن قال و إلّا فالأوجه عدم الفساد لما ذكر من تعلّق النهى بأمر خارج عن المعاملة و لا- نسلّم ما ذكره صاحب الجواهر من بقاء المال على ملك الراشى بأىّ طريق كان و إنّما هو مسلّم فى صورة البذل من غير أن يكون بعقد من العقود إلى أن قال: نعم يمكن أن يقال إنّه إذا قصد الرشوة بالمعاملة المحابائية يصدق عرفاً أنّ العين الموهونة رشوة فيكون حراماً و لازمه بطلان المعاملة و هذا هو الفرق بين المقام و بين مسألة الإعانة. و عليه لا بدّ أن يفصّل بين المذكورات و بين البيع بثمن المثل بقصد الرشوة فيما إذا كان للقاضى غرض فى المبيع و لو بعوض مثله. «۱»

الأمر السابع: فى حكم الرشوة ردّاً و ضماناً

إنّ المأخوذ رشوة أو الملحق بها حكماً كما هو الحال فى الهدايا الّتى تُقدّم إلى القاضى و سيوافيك حكمها هل يجب ردّه ما دام باقياً،

و یضمن إذا تلف او أتلفه الآخذ، أو لا؟ و المحکی عن فقهاء العامّة أنّ المرتشی یملکها و إن فعل حراماً، و نقل عن بعض آخرین أنّه یضعها فی بیت المال. «۲» و إلیک نقل بعض الکلمات:

۱- قال الشیخ: کلّ موضع قلنا یحرم علیه فإن خالف و قبل فما الذی یصنع؟ فإن کان عامل الصدقات، قال قوم: یجب علیه ردّها، و قال آخرون: یجوز أن یتصدّق علیه بها، و الأوّل أحوط، و أمّا هدیّة القاضی قال قوم یضعها فی بیت المال لیُصرف فی المصالح و قال آخرون: یردّها علی أصحابها و هو الأحوط عندنا. «۳» و لم یذکر

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۵.

(۳) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۱۲

الشیخ حکم التلف و لعلّ نظره فیه یعلم من حکمه بوجوب الردّ، إذ لو وجب الردّ، یلزمه الضمان مع التلف، و إلّا فیکون الحکم بعدم الضمان مناقضاً مع وجوب الردّ کما سیوافیک.

۲- و قال المحقّق: و یجب علی المرتشی إعادة الرشوة إلی صاحبها، و لو تلفت قبل وصولها إلیه ضمنها له. «۱»

۳- و قال العلّامة: و تجب علی المرتشی إعادتها و إن حکم علیه بحقّ أو باطل و لو تلفت قبل وصولها إلیه ضمنها. «۲»

۴- و قال أیضاً: و علی المرتشی إعادتها فإن تلفت ضمن. «۳»

۵- و قال الشهید الثانی: و تجب علی المرتشی إعادة الرشوة علی صاحبها علی خلاف بعض العامّة حیث ذهب إلی أنّه یملکها و إن فعل حراماً لوجود التملیک، و آخرین حیث ذهبوا إلی أنّه یضعها فی بیت المال و الأظهر ما ذکره المصنّف من عدم ملکها مطلقاً و وجوب ردّها إلی المالک و یضمنها إلی أن یصل. «۴»

۶- قال المحقّق الأردبیلی: و ممّا سبق یعلم وجوب الإعادة علی المرتشی و أنّه لا بدّ من دفعه فوریاً مع وجود العین، و مع التلف عوضاً مثلًا و قیمةً علی الوجه المقرّر فی ضمان المتلفات سواء أ کان بتفریطه أم لا مثل الغصب فإنّ الید لیست بید أمانة. «۵»

۷- و قال صاحب الجواهر: و لا إشکال فی بقاء الرشوة علی ملک المالک کما هو مقتضی قوله «إنّها سحت» و غیره من النصوص الدالة علی ذلک و أنّ حکمها حکم غیرها ممّا کان من هذا القبیل نعم قد یشکل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسلیطه و التحقیق فیه ما مرّ فی نظائره. «۶»

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع ۴/ ۷۸.

(۲) العاملی: مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۳۳، قسم المتن.

(۳) العلّامة الحلّی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۰.

(۴) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۴۰۵.

(۵) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۰.

(۶) النجفی، الجواهر: ۲۲/ ۱۴۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۱۳

إلی غیر ذلک من الکلمات المماثلة لما سبق. و یقع الکلام فی وجوب ردّها أوّلًا و ضمانها بمثل أو قیمة ثانیاً و بعبارة أُخری: یقع الکلام تارة فی الحکم التکلیفی أی وجوب الردّ، و أُخری فی الحکم الوضعی أی الضمان لدی الإتلاف و التلف.

أمّا وجوب الردّ فلما مرّ من عدم تملّكها، لتعلّق النهی بذات المعاملة (الرشوة) الدالّ علی فساد التمليك العرفی، الملازم لبقائها فی ملك مالكها، من غير فرق بين أن يملّكها بنفسها أو وقعت فی ضمن بيع محاباة لما عرفت من صدق الرشوة علی العين عرفاً و يظهر من خبر ابن اللتبية الواردة فی الهدايا التی تقدّم إلی عامل الصدقات، أنّه لا يملكها و سيوافيك نصّ الحديث عند البحث فی الهديّة.

أمّا ضمانها علی المرتشی إذا تلفت أو أتلفها المرتشی فقد عرفت عبارات الأصحاب، الحاكية عن الضمان إنّما الكلام فی دليله. فنقول: استدلّ بعموم «علی اليد ما أخذت حتّی تؤدّی» «۱» خرج منه ما أُخذ أمانة كالوديعة و غيرها و المفروض انّه لم يُسلّطه علی العين إلّا فی مقابل عوض و لم يجعلها عنده أمانة، و لم يهتك حرمة ماله، بل طلب به ما هو أعزّ و أغلی ممّا دفع. و لمّا حكم الشارع ببطلان المعاملة، بقيت العين علی ملك مالكه، فيكون أخذها بعنوان المعاوضة موجباً للضمان، حتّی يردّ عينها أو مثلها أو قيمتها. و ما تقدّم من صاحب الجواهر من «أنّه قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه» فقد أوضحه السيّد الطباطبائی فی ملحقات العروة و قال: و لعلّ وجه الضمان لأنّ الراشی إنّما بذل فی مقابلة الحكم فيكون إعطاؤه بعنوان المعاوضة و يدخل فی قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ثمّ استشكل عليه بوجوه ثلاثة و قال: و فيه:

أوّلا: أنّه أخص من المدّعی إذ قد يكون لا ـ بعنوان المعاوضة، بل إنّما يعطی مجّاناً و عوضه جلب قلب القاضی فلا يكون فی مقابلة الحكم، و الغرض غير العوض.

---

(۱) النوری، المستدرك: الجزء ۱۷، الباب ۱ من كتاب الغصب، الحديث ۴، و البيهقی، السنن: ۶/ ۹۵

ثانياً: لا دليل علی القاعدة المذكورة كما بيّن فی محلّه.

و ثالثاً: أنّ المفروض أنّ الراشی راض بإتلاف المرتشی إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّه سلّطه عليه مع علمه بعدم ملكيّته و حرمته عليه، فرضاه و إن كان مقيّداً بالعوض الذی هو الحكم إلّا أنّ قيده حاصل بعد فرض الحكم له، فحاله حال سائر المقبوضات بالعقود الفاسدة و قد بيّنا فيها عدم الضمان مع التلف. نعم لو كان رضاه مقيّداً بالحكم له و لم يحكم له يمكن أن يقال فيه بالضمان لأنّ المفروض أنّ رضاه كان مقيّداً و القيد لم يحصل. «۱»

يلاحظ علی الوجه الأوّل: و قد سبقه الشيخ الأنصاری فی هذا التفصيل قائلًا «بأنّ الرشوة حقيقة جعل علی الباطل بخلاف ما إذا لم يقصد بها المقابلة فأعطی مجّاناً ليكون داعياً علی الحكم و هو المسمّی بالهبة فإنّ الظاهر عدم ضمانه لأنّ مرجعه إلی هبة فاسدة إذ الدّاعی لا يكون عوضاً» بأنّه إنّما يتمّ فی مورد لم يكن هناك التفات من القاضی إلی ما أضمره المُهدی و إلّا يكون العين فی مقابل الحكم، لصالحه و القاضی الملتفت إلی نيّة الدافع يتلقّاه رشوة، و يقف علی أنّ عنوان الهدية غطاء علی القبيح، و واجهة لما هو المذموم شرعاً و عرفاً، و مع ذلك كيف يتلقّاه هدية، و لا يُعتبر فی كون الشیء عوضاً، التصريح به بل تكفی الإشارة و الإيماء إلی أنّ الدافع يطلب من تقديمه إليه، هو حكمه لصالحه و إنّما يصرّح بالتقابل و المعاوضة، البسطاء من الناس و أمّا أهل الخبرة فيدفعونه بعناوين، صوناً لمقام القضاء فی الظاهر عن القبيح، و ما هو إلّا شيطنة منهم و الحاصل أنّ الهدية بشرط التفات القاضی إلی واقع الأمر رشوة، موضوعاً و حكماً أو حكماً فقط و إن كان التحقيق هو الأوّل فلا يكون الدليل أخصّ من المدّعی.

و أمّا الثانی: فلا يضرّ بالمقصود إذ الدليل علی الضمان، هو دليل القاعدة أعنی: قاعدة اليد، أو قاعدة الإقدام، لا نفس القاعدة سواء أصحّت أم لا.

---

(۱) السيّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

و أمّا الثالث، أعنى قوله: «أنّ المفروض أنّ الراشى راض بإتلاف المرتشى إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّه سلّطه عليه مع علمه بعدم مالكيته و حرمته عليه به و رضاه و إن كان مقيّداً لكن المفروض حصول قيده» فهو يرجع إلى أمرين:

۱- «إنّه الهاتك لحرمة ماله»، و لكنّه ممنوع إذ كيف يوصف كذلك مع أنّه بصدد أن يأخذ من القاضى ما هو أعز و أغلى ممّا دفع بمراتب. و بعبارة أُخرى إنّما دَفَعَ ما دَفَعَ ليلتزم القاضى على شىء من الأُمور الثلاثة الماضية.

۲- «إنّ رضاه كان مقيّداً و قد حصل قيده» و هو أيضاً مثل ما سبق و ذلك لأنّ رضا الراشى بتصرّف القاضى فيه لم يكن مغايراً لرضاه بالتصرّف فيه بعنوان الرشوة و المفروض أنّ الشارع حكم ببطلانها فيكون وجود الرضا كعدمه، فيصير مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان و ذلك لعدم صلاحية ذلك الرضا للخروج عنه، و لا يكون علم الدافع بفساد المعاملة سبباً لنشوء رضى آخر حتّى يكون هو المسوّغ للتصرّف و الرافع للضمان بل الراشى إنّما رضى بالتصرّف بالعنوان المحرّم، علم بتحريمه أو لا و مثل ذلك الرضا لا يكون سبباً للحلّية و إلّا لزم أن يكون ثمن المغنّية و أجر الزانية حلالًا لرضا الدافع بالتصرّف فيه.

و ما ذكرناه جار فى جميع العقود الفاسدة، محرّمة كانت أو لا كبيع الصبى و المحجور لأنّ المفروض أنّ الرضا فيها رضا معاملى و المفروض أنّ الشارع تلقّاه لغواً و فاسداً غير مؤثر، و ليس هناك رضى آخر يؤثّر فى جواز التصرّف و رفع الضمان، فيكون المرجع هو عموم على اليد و لم يثبت المخصِّص.

و هناك إشكال آخر يتوجّه على كلامه و هو: لو كان رضا الراشى و كونه هاتكاً لحرمة ماله، رافعاً للضمان و سبباً لجواز التصرّف فيه، يلزم عدم وجوب الردّ مع أنّ الكل اتّفقوا على وجوبه، و الجمع بين وجوب الردّ و عدم الضمان أشبه بالجمع بين الضدّين.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۱۶

و ممّا ذكر من اختصاص البحث بما إذا كان القاضى ملتفتاً إلى نيّة الراشى و المُهدِى، يعلم ضعف ما أفاده فى الجواهر من الإشكال فى الضمان مع التلف، فيما إذا كانت الرشوة من الأعمال التى تبرَّع بها الراشى و نحوه ممّا لا بد فيه للمرتشى و لا أمر بالعمل «۱». اللّهم إلّا أن يُفصَّل كما احتملناه فى الدورة السابقة بين العين و المنفعة بأنّ الراشى لمّا كان هو المقدم عرفاً فهو المتلف فلا يملك على المرتشى شيئاً من العمل. و مع ذلك فللنظر فيه مجال لأنّه لم يملّكه إلّا فى مقابل الحكم له الذى طرده الشارع و عدّه فاسداً و لم يملّكه مجّاناً فيدخل تحت قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، لا العكس.

الأمر الثامن: فى الفرق بين الهدية و الرشوة

اشارة

إنّ ما يبذل للقاضى و العامل و الظالم، ينقسم إلى الرشوة و الهدية و الظاهر أنّ الفرق بينهما جوهرى يتفارقان به لا- بالقصد، و الاختلاف فى القصد تابع للاختلاف الماهوى، فلو كان البذل فى مقابل العوض، بأن يذكر أو يضمر بأنّ هذا مقابل ذاك فهو رشوة، و إلّا فإن كان البذل بلا عوض بأن كان ناشئاً عن عاطفة قلبية أو رابطة رحمية أو غير ذلك، فهو هدية.

و بعبارة أُخرى: أنّ الطريق الصحيح لاستكشاف الفرق بين الرشوة و الهدية هو الدقّة فى الفرق بين البيع و الهبة غير المعوَّضة فإنّ الفرق بينهما جوهرى فى عالم الاعتبار، لا بالقصد و النيّة، حتى و لو اختلف القصد، فإنّما هو لأجل اختلاف المقصود بالذات ففى البيع التزام بشىء، ليس فى الهبة، و لأجل ذلك يقصد البائع مبادلة مال بمال و لا يقصده الواهب. و إنّما يقصد أصل البذل بلا عوض. و مثله الرشوة و الهدية فالراشى سواء دفعه صريحاً باسم الرشوة، أو ألبس عليها لباس الهدية فإنّما يبذل فى مقابل التزام بما يرجع إلى المحاكمة و المرافعة بخلاف ما إذا

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۳۳.

بذله من دون انتظار عمل و بذلك يظهر أنّهما عقدان متخالفان، لا يجتمعان فى مورد، كاختلاف البيع و الهبة عقداً أو معاطاة فما يسميه القوم فى المقام هديّة فهو عندنا رشوة و ليست هديّة إلّا مجازاً و تغطية و اسماً، لا حقيقة، و الهدية الواقعية ما لا يكون هناك أيُّ انتظار عمل.

قال السيّد الطباطبائى: الفرق بين الرشوة و الهدية أنّ الغرض من الرشوة جلب قلبه ليحكم له و من الهدية الصحيحة، القربة أو إيراث المودّة لا لداع أو الداعى عليها حبّه له، لوجود صفة كمال فيه من علم أو ورع أو نحوهما. «۱» و لقد أحسن فعدّ ما يبذل لجلب قلب القاضى من الرشوة، و خصص الهديّة بما لا عوض فيه.

و على كلّ تقدير فالأولى التركيز على حكم الهديّة فى المقام، فللشيخ فى المقام كلام فى المبسوط نأتى بإجماله قال: «فأمّا الهدية فإن لم يكن بمهاداته عادة حرم عليه قبولها و العامل على الصدقات كذلك لما روى عن النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم أنّه قال: هدية العمّال غلول و فى بعضها هدية العمّال سحت و أمّا إن كان من عادته كالقريب و الصديق الملاطف نظرت فإن كان فى حال حكومته بينه و بين غيره أو أحسّ بأنّه يقدّمه لحكومة بين يديه، حرم عليه الأخذ كالرشوة و إن لم يكن هناك شىء من هذا فالمستحبّ أن يتنزّه عنها هذا كلّه إذا كان الحاكم فى موضع ولايته فأمّا إن حصل فى غير موضع ولايته فأهدى له هدية فالمستحبّ أن لا يقبلها. «۲»

و حاصله تقسيمها إلى أقسام ثلاثة، يحرم الأوّلان دون الثالثة و قريب منه ما ذكره ابن البرّاج فى المهذّب. «۳»

و قال المحقّق الأردبيلى: و الظاهر أنّه يجوز له قبول الهدية فإنّه مستحبّ فى الأصل إلّا أنّه يمكن أن يكون مكروهاً لاحتمال كونها رشوة إلّا أن يعلم باليقين انّها

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۵.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۲.

(۳) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۱.

ليست كذلك مثل أن كان بينه و بين المهدى صداقة قديمة و علم أن ليس له غرض من حكومة و خصومة بوجه أو يكون غريباً لا يعلم أو جاء من السفر و كان عادته ذلك، أو فعل ذلك بالنسبة إليه و إلى غيره و مع ذلك لا شكّ أنّ الأحوط هو الاجتناب فى وقت يمكن أو يحتمل احتمالاً بعيداً لكونها رشوة و تؤيّده الأخبار من طرقهم و قد روى أنّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قال: هدايا العمّال غلول و فى أُخرى: هدية العمّال سحت. «۱»

و قد ظهر ممّا ذكر أنّ هذه التفاصيل تبعيد للمسافة و الأولى حسم مادة الخلاف بكلمة واحدة و هى أنّ الرشوة عبارة عن كون البذل فى مقابل شىء من الحكم بالباطل أو الحكم لصالحه، أو الحكم بالحقّ لولاه لما حكم و لا يشترط فى التقابل، التصريح بل يكفى كونه معلوماً من القرائن سواء كان البذل فى موضع الولاية أو غيره، كان قبل طرح الدعوى أو بعده و قبل الحكم. و على ضوء ذلك فأكثر ما يسمّيه الناس هدية، فهو هدية ظاهراً، رشوة حقيقة و لا يهمّنا دخولها فيها موضوعاً، سواء أ كانت رشوة موضوعاً أم لا فهى رشوة حكماً و ما دلّ على حرمة الرشوة، يدلّ على حرمة الهدية أيضاً لفظاً، أو بإلغاء الخصوصية و إن كان الحقّ أنّها رشوة موضوعاً و لقد أحسن السيد الطباطبائى كما مرّ حيث سمّى ما يبذل لجلب قلب القاضى رشوة لا هدية، و خصّ الثانية بما إذا كان الداعى حبّه له أو لكماله.

و بکلمـة قصیـرة: إنّ البـذل إذا کان فی مقابل التزام القاضـی بشـیء فی صـمیم الحکم، ظاهراً أو غایـة فهو رشوة و إن قُدِّم إلیه باسـم الهدیة و أمّا إذا بذل من دون أیّ انتظار من القاضی لا ظاهراً و لا واقعاً فهو هدیة.

و یؤیّده ما روی عن النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أنّه استعمل رجلًا من الأزد علی الصدقة یقال له ابن اللتبیة.

فلما جاءه قال للنبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: هذا لکم و هذا أُهدی لی.

---

(۱) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۱.

فقام رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم علی المنبر فحمد الله و أثنی علیه و قال: «ما بال العامل نستعمله علی بعض العمل من أعمالنا فیجیء فیقول هـذا لکم و هـذا أُهـدی لی أ فلا جلس فی بیت أبیه أو فی بیت أُمِّه فینظر هل یُهدی له شـیء أولا؟ و الذی نفس محمّد بیـده لا- یأتی أحـد منکم منها بشـیء إلّا جاء به یوم القیامـة یحمله علی رقبته إن کان بعیراً له رغاء، أو بقرةً لها خوار، أو شاة تیعر». ثمّ رفع یدیه حتّی رأیت عفرة إبطیه فقال: «اللّهم هل بلّغت؟». «۱»

ثمّ إنّ هنا فروعاً ذکرها الشیخ الأنصاری فی المکاسب المحرّمة نأتی بها و بغیرها ممّا ذکره السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروة.

فروع:

الفرع الأوّل: إذا شکّ الآخذ فی کون المأخوذ رشوة أو هدیة

إذا بُذل للقاضـی شـیء و شکّ فی أنّ الدافع قصد بها الرشوة أو الهدیّة الصـحیحة ذهب السـیّد الطباطبائی إلی جواز الأخذ حملًا لفعله علی الصـحّة إلّـا إذا کـانت هنـاک قرینـة علی إرادته منهـا الرشوة کما إذا لم تکن من عادته ذلک قبل المرافعـة و قال: و الأولی عـدم أخـذها مطلقـاً، و یمکن أن یقال بحرمتها حال المرافعـة لأنّه یصـدق علیها الرشوة عرفاً بل یمکن أن یقال: بحرمتها تعبّـداً لما فی بعض الأخبار من أنّ هدایا العمّال غلول أو سحت. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ جریان أصل الصـحّة مبنیّ علی أنّ الرشوة و الهبة تتحدان ماهیة و تختلفان قصداً، فلو قَصَد الباذل التزام القاضی بشیء من إبطـال الحقّ، أو إحقـاق الباطـل أو الحکم بـالحقّ فهو رشوة و إن لم یقصـد التزامه بشـیء، بل دفعه إلیه، تکریماً أو محبّـۀ، أو أداءً للوظیفة فی حقّ الرحم فهو هدیّة، فعند ذلک فالعمل

---

(۱) البیهقی، السنن الکبری: ۴/ ۱۵۸.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۵، تفرّد السیّد بطرح هذا الفرع.

الواحـد الـذی له حالتـان یحمل علی حالـة الصـحّة، لا علی حالـة الفساد کما هو الحال فیما إذا باع و شکّ أنّه هل کان ربویاً أو لا، أو أسلف و شکّ أنّه أقبض الثمن أو لا ففی جمیع ذلک یحمل علی الصحّة.

و أمّا إذا قلنا بأنّهما أمران مختلفان ماهیة حیث إنّ أحدهما بذل فی مقابل شـیء، و الآخر بذل بلا عوض فإجراء أصالة الصـحّة مشـکل جـدّاً لأنّ القـدر المتیقّن من موردها إذا أحرز عنوان الفعل و شکّ فی خصوصیاته لا ما إذا کان العنوان مشـکوکاً و هذا کما إذا رأینا الرجل أمام المیّت، یحرّک لسانه، و لا ندری أنّه یصـلی أو یدعو له بالخیر و المغفرة، فلا یُحکم علیه بأنّه صـلّی علیه صلاة صحیحة أو ذهب إلی الحمـام ثمّ خرج و لا- یـدری هل کان للنظافـة، أو للاغتسال، و المقام من قبیل الثانی، لأنّ البـذل مع العوض، غیر البـذل بلا

عوض فاختلافهما يَكْمُنُ فی وجود المقابل لأحدهما دون الآخر، و أمّا الاختلاف فی القصد فهو تابع لاختلاف المقصود، لا أنّهما يتميزان بالقصد.

و أمّا ما أفاده من أنّه «لو دلّت القرينة على أنّه رشوة يحكم بها» فإنّما يتم إذا كانت مفيدة للاطمئنان الذی هو علم عرفی و حجّة عقلائية أمضاه الشارع، لا على مطلق الظنّ الذی لم يقم دليل على حجّيته. نعم الاستدلال بما ذكر من الرواية غير كاف فی المقام، لأنّ إضافة الهدية إلى العمّال قرينة على أنّ الهدية كانت رشوة و لأجل ذلك حكم عليه بالغلول أو السحت.

الفرع الثانی: إذا اتّفقا على وجود عقد و اختلفا فی نوعه

إذا اتّفقا على وجود عقد بين الدافع و القابض و لكن اختلفا فی نوعه فقال الدافع: كان المبذول رشوة و قال القابض: كان هبة صحيحة قال السيّد الطباطبائی على غرار ما ذكره فی الفرع الأوّل يقدّم قول القابض للحمل على الصحّة و أصل البراءة من الضمان، بناء على أنّ الضمان على فرض كونه رشوة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۲۱

و أمّا احتمال تقديم قول الدافع لأنّه أعرف بنيّته أو لأنّ الأصل فی اليد الضمان، فلا وجه له، لعدم الدليل على الأوّل، و مثله كون الأصل الضمان لعدم الدليل عليه إلّا عموم على اليد و هی مختصّة باليد العادية و مع الإغماض عن الاختصاص فالشبهة مصداقية، و على فرض التمسّك بالعموم فيها، الحمل على الصحّة مقدّم عليه. «۱»

يلاحظ عليه أوّلًا: بما عرفت من كون المورد خارجاً عن مجرى أصالة الصحّة، لعدم تعلّق الشكّ بالعقد الواحد من أجل كونه واجداً لشرائط الصحّة و عدمه، و إنّما اتّفقا على أصل العقد لكنّه مردّد بين عقدين، مختلفين و قد عرفت حاله و أنّه ليس مجرى لأصالة الصحّة.

و ثانياً: أنّ الأصل فی الأموال و هكذا الأعراض و النفوس، هو الضمان، لا البراءة و قد نبّه الشيخ بذلك فی مبحث البراءة، و أوجب الاحتياط فی الشبهات البدئية إذا كان المشتبه مالًا أو عرضاً أو نفساً، و ذلك لأنّ الأصل عدم الانتقال فی الأموال، و عدم الحلّية فی الأعراض و النفوس.

هذا تحليل كلامه حول الشقّ الأوّل، أعنی: تقديم قول القابض.

و أمّا تحليل كلامه حول الشقّ الثانی، أعنی: تقديم قول الدافع فقد أشكَلَ بالأُمور التالية:

۱- بأنّ الدافع و إن كان أعرف بنيّته، لكن لا دليل على حجّيته.

۲- إنّ قاعدة «على اليد» مختصّة باليد العادية و هی منتفية فی المقام.

۳- إنّ المورد من قبيل الشبهة المصداقية للعام لاحتمال كون التسليط بالمجّان و هو خارج عن تحت العموم.

---

(۱) السيّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۶، و أمّا وجه كون المورد شبهة مصداقية فلخروج التسليط المجّانی عنه فيكون المورد مردّداً بين كونه باقياً تحت العام أو خارجاً عنه و داخلًا تحت المخصّص أی التسليط بالمجّان.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۲۲

۴ و على فرض التمسّك به فأصالة الصحّة مقدّمة عليه.

و الجميع قابل للمناقشة:

أمّا الأوّل: فالظاهر اعتباره فی كلّ مورد كان منشأ الشك، هو الاختلاف فی نيّة العامل، نعم ليس منشأ الشكّ فی المقام ناشئاً من الاختلاف فی نيّة الدافع، بل منشؤه هو الاختلاف فی كون العقد الواقع، رشوة أو هدية و قد عرفت أنّ القصد تابع.

و أمّا الثانی: فللمنع من اختصاصها بالید العادیة، نعم هی منصرفة عن الید الأمانیة.

و أمّا الثالث: فهو صحیح لو کان هو المستند و لکن المستند إنّما هو الأصل المسلّم فی الأموال و هو الضمان حتّی یدلّ دلیل علی خلافه، و تسانده أصالة عدم الانتقال.

و أمّا الرابع: أعنی تقدیم أصالة الصحّة علی عموم الید فهو غریب، لأنّها أصل و القاعدة أمارة و معها لا تصل النوبة إلی الأصل.

الفرع الثالث: فیما إذا لم یتّفقا علی وجود العقد

إذا اختلفا فی أنّه مبذول رشوة من غیر عقد أو أنّه عقد هبة صحیحة و الفرق بین الفرعین واضح، لاتّفاقهما علی وجود عقد مشترک بینهما فی السابق غیر أنّ الباذل یصفه بالرشوة و الآخر بالهبة بخلاف المقام فالدافع لا یعترف بالعقد بل بالإعطاء رشوة، و القابض یدّعی العقد الصحیح و لأجل ذلک تردّد السیّد الطباطبائی فی هذا الفرع فی بدء الأمر فقال: فالأقوی أنّه مثل الفرع السابق و قد یحتمل عدمه لعدم عقد مشترک حتّی یحمل علی الصحّة فالدافع منکر لأصل العقد لا لصحّته.

ثمّ أورد علی ما احتمله بقوله: و فیه أنّ تملیکه محمول علی الصحّة و لا یلزم فی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۳

الحمل علی الصحّة أن یکون عقد مشترک، فأصالة عدم الهبة معارضة بأصالة عدم التملّک رشوة. «۱»

و الظاهر أنّ حکم هذا الفرع هو حکم السابق لعدم جریان أصالة الصحّة لعدم ثبوت الموضوع أی العقد لا أصله و لا نوعه و المرجع هو الضمان فی الأموال حتّی یثبت خلافه لأصالة عدم انتقاله و لو قلنا بجریان أصالة البراءة فی ناحیة القابض، فإنّما تنفع فی نفی الحرمة التکلیفیة للقابض، و لا تنفی الحرمة الوضعیة بمعنی الضمان لما عرفت من أنّ الأصل فی الأموال هو الضمان.

و أمّا ما أفاده من احتمال الضمان فی المقام دون السابق، لعدم الاتّفاق علی وجود عقد مشترک محمول علی الصحّة فی المقام دون السابق، فغیر مفید لما عرفت أنّ الحقّ هو الضمان حتّی فی صورة الاتّفاق علی وجود عقد مشترک لأصالة الضمان فی الأموال، فلیس الاتّفاق و عدمه مؤثّراً فی الضمان و عدمه.

ثمّ إنّه حاول تصحیح تقدیم قول القابض بأمرین:

۱- إجراء أصالة الصحّة فی التملیک المعترف به بالطرفین.

۲- تعارض أصالة عدم الهبة مع أصالة عدم التملّک رشوة.

یلاحظ علی الأوّل بما ذکرنا من أنّ الأصل الحاکم فی المقام هو أصالة الضمان لا أصالة الصحّة أوّلًا، و علی فرض جریانها فإنّ موضوعها هو العقد، المشکوک وجوده، لا التملیک ثانیاً، لأنّه یحصل من ضمّ اعتراف الدافع إلی القابض حیث إنّهما یعترفان به غایة الأمر یختلفان فی وصفه.

و یلاحظ علی الثانی: بأنّ الأثر مترتّب علی الهبة لا علی التملیک عن رشوة فتکون الهبة مصبّاً للأُصول یدّعیها القابض و ینکرها الدافع و الأصل مع الثانی حتّی یقیم القابض البیّنة، و یکفی للدافع إنکار الهبة و لا یحتاج إلی إثبات الرشوة

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۴

لأنّ مجرّد إنکار الهبة کاف فی تقدیم قوله مع الیمین من دون حاجة إلی إثبات کونه رشوة.

و بما ذکرنا یظهر حال الفرع الرابع و الخامس اللّذین ذکرهما الشیخ و لا نطیل الکلام فی المقام و قد طرحناهما فی محاضراتنا باسم «المواهب فی أحکام المکاسب» فراجعهما. «۱»

المسألة الثامنة عشرة: فى إحضار الخصم بطلب المشتكى

إذا التمس المشتكى، إحضار خصمه مجلسَ الحكم، فهل يجب مطلقاً، حاضراً كان فى ولاية الحاكم أو غائباً، حرّر الدعوى أو لا، كانت بينهما معاملة أو لاـ كانت فيه مشقّة أو لاـ أو لاـ يجب مطلقاً غاية الأمر يبعث إليه و يُعلمه الموقف و يخيّره بين الحضور أو الحكم عليه غائباً. أو يفصِّل بين الحاضر و الغائب فلا يُحضر الثانى إلّا بعد تحرير الدعوى لاحتمال أن لا تكون مسموعة، و الإحضار قبل إحراز المشروعية حرج و ضرر أو يفصّل بين ما يعلم أنّ بينهما معاملة و عدمه فلا يحضره إلّا فى الأوّل وجوه و تفاصيل و إليك نقل الكلمات:

قال الشيخ: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل و كان المستعدى عليه حاضراً، اعتدى عليه و أحضره سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، و به قال الشافعى و قال مالك إذا لم يعلم بينهما معاملة لم يحضره لما روى عن على عليه السلام أنّه قال: لا يَعْدِى الحاكمُ على خصم إلّا أن يعلم بينهما معاملة و لا مخالف له (هذا إذا كان الخصم حاضراً).

و أمّا إذا ادّعى رجل على غيره شيئاً و كان المستعدى عليه غائباً فى ولاية

---

(۱) المواهب: ۴۱۳، ۴۱۶، و قد وردا ضمن المسألة الثالثة و الرابعة فلا تغفل.

الحاكم فى موضع ليس له فيه خليفة، و لا فيه من يَصلَح للحكم أن يجعل الحكم إليه فيه، فانّه يُحضره إذا تحرّر دعوى خصمه قريباً كان أو بعيداً و به قال الشافعى. «۱»

حاصله أنّه يحضره مطلقاً إذا كان حاضراً و إلّا فيحضره بعد تحرير الدعوى.

۲- و قال فى المبسوط: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل فإن كان حاضر اعتدى عليه و احضره مطلقاً و ليس فى ذلك ابتذال لأهل الصيانات و المروءات فإنّ علياً عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح ... هذا إذا كان المستعدى عليه حاضراً و أمّا إذا كان غائباً فى غير ولايته، فإنّه يقضى على غائب و فيه خلاف، و إن كان غائباً فى ولايته فإن كان له قاض فى موضع غيبته، كتب إليه و بعث بخصمه إليه ليحكم بينهما و إن لم يكن له فيه من يصلح أن يقضى بينهما قال لخصمه: حرّر دعواك عليه. «۲»

و مختاره فى المبسوط يخالف مختاره فى الخلاف فى خصوص الغائب حيث اكتفى فى الثانى برأى واحد و هو الإحضار بعد التحرير، و جعله فى المبسوط شقوقاً ثلاثة:

الف: إذا كان خارج ولايته يُقضى على غائب.

ب: لو كان فى ولايته و كان هناك قاض يبعث إليه.

ج: لو لم يكن من يصلح للقضاء، يُحضر بعد التحرير.

۳- و قال المحقّق: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً أمّا لو كان غائباً لم يَعِـدْه الحاكم حتّى يحرّر دعواه و الفرق لزوم المشقة فى الثانى و عدمها فى الأوّل. هذا كلّه إذا كان فى بعض ولايته و ليس له هناك

---

(۱) الطوسى: الخلاف ۳/ كتاب القضاء، المسألة ۳۴۳۳.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۵۱۵۴.

خليفة يحكم له و إلّا سمع بيّنته و أرسل إلى خليفته و إن كان فى غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجّة و إن كان غائباً.

و مـا ذکره المحقّق یوافق المبسوط حیث جعـل حکم الغائب شـقوقاً ثلاثـهٔ فإذا کان خارج ولایته، یقضـی علیه غائباً، و إذا کان داخل ولایته فإن کان فی موضع إقامته نائب یرسل إلیه و إلّا یحضر بعد التحریر. هذا کلّه فی الرجل و أمّا المرأهٔ فقال المحقّق:

و لو ادّعی علی امرأهٔ فإن کانت برزهٔ فهی کالرجل و إن کانت مخدّرهٔ بعث إلیها من ینوبه فی الحکم بینها و بین غریمها. «۱»

۴- و قال العلّامـهٔ: و إذا سأل الخصم إحضار الخصم مجلس الحکم اجیب مع حضوره و إن لم یحرّر الدعوی و لا یجاب فی الغائب إلّا مع التحریر، و لو کان فی غیر ولایته أثبت الحکم علیه و إن کانت امرأهٔ مبرزهٔ کلّفت الحضور و إلّا انفذ من یحکم بینهما. «۲»

و قال الشـهید الثانی: إذا کان الخصم فی البلـد وجب إحضاره مطلقاً عند علمائنا و أکثر العامّهٔ و قال مالک: إن کان من أهل المروات لم یحضـره إلّا أن یعرف بینهما معاملـهٔ صـیانهٔ له من الابتـذال (ثمّ ذکر بعد بیان کیفیهٔ الإحضار) و إن کان فی خارج ولایته فإنّ له أن یحکم علیه بشـرائط القضاء علی الغائب، و إن کان فی داخل ولایته فإن کان له نائب لم یحضـره بل یسـمع البیّنهٔ و یکتب إلیه، فإن لم یکن هناک نائب فإن کان من یصلح للاستخلاف، استخلفه و أذن له فی القضاء بینهما و إلّا طولب المدّعی بتحریر الدعوی فقد تکون غیر مسموعهٔ. «۳»

و ما ذکره قریب ممّا ذکره فی المبسوط غیر أنّه جعل للغائب صوراً أربع.

أقول: إنّ المسألهٔ ممّا لم یرد فیه نصّ و ما ذکر من الأقوال، اصطیاد من

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۷۹.

(۲) العلّامهٔ الحلی: إرشاد الأذهان ۲/ ۱۴۲.

(۳) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۰۵.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۷

القواعد العامّهٔ و لکل ذوقه و فهمه.

أمّا الحاضـر فی البلـد، فلا شکّ أنّ القضاء شُـرّع لسـماع الـدعاوی من الطرفین و هو یقتضـی إخبارها بالموضوع لیحضـرا حتّی یسـمع القاضـی کلامهما فی مجلس الحکم و لأجل ذلک یقول ابن سـعید الحلی: «و ینبغی أن لا یحکم بین الخصـمین إلّا فی مجلس حکم» «۱»، و لکنّه إن احرز أنّ الدعوی مسموعهٔ، سواء کان صاحبها محقّاً أو لا فیشرع من الإخطار إلی الإحضار و أمّا مع الشکّ فیها، فجواز الإحضـار فضلًا عن وجوبه موضع تأمّل و ذلـک لأنّ الحاضـر لاـ تخلو حـاله عن أمرین إمّا أن یکون الحضور علیه حرجیاً أو ضـرریاً فإیقاعه فی الضـرر و الحرج القطعیین بمجرّد احتمال کون دعواه مسـموعهٔ، غیر جائز قطعاً إذ معناه تقدیم محتمل الضرر علی قطعیه إلّا أن یکون المحتمل أقوی، و لا یعلم إلّا بعد بیان الدعوی و تحریرها و المفروض عدمه.

و أمّا غیر المتضـرّر، فإیجاب الحضور علیه، بلا حجّهٔ (الدعوی المسموعهٔ) یحتاج إلی الدلیل و لأجل ذلک یجب أن یقیّد الوجوب إمّا بتحریر الدعوی أو وقوف القاضـی من القرائن علی أنّ الدعوی مسـموعهٔ و إن لم یمیّز المحقّ عن المبطل لأنّ سماع الدعوی غیر کون مـدّعیها محقّاً فعنـد ذلک یخبره و یطلب منه الحضور و إلّا یحضـره علی نحو یجمع بین حقّ صاحب الدعوی و کرامهٔ المسـتعدی علیه بخلوّ إحضـاره من أیّ إهانـهٔ أو ابتـذال و إسـقاطه عن عیون الناس، و بما أنّ حضور الخصم مقدّمـهٔ القضاء لا نفسه یتخیّر القاضـی فی الوصول إلیه بین صورها المختلفهٔ. «۲»

و الاسـتدلال باجتماع علی علیه السـلام مع أحـد الرعایا مجلس شـریح، لا یصـلح دلیلًا، لأنّه علیه السـلام کان مـدّعیاً، لا منکراً، و کان مستعدیاً لا مستعدی علیه.

هـذا کلّه حول الحاضـر بکلا قسـمیه من المتضـرّر و غیره فالشـرط الوحیـد هو إحراز کون الدعوی مسـموعهٔ. و لکن لمّا کان الحضور مقدّمهٔ للقضاء یتوصّل

(۱) ابن سعید الحلی، الجامع للشرائع: ۵۲۵.

(۲) لاحظ مجمع الفائدة: ۱۲/ ۹۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۸

القاضی لتحصیل المقدّمة، أسهلها و أبعدها عن الوهن، و هو یختلف حسب اختلاف الأمکنة و الأزمنة فیبدأ بأسهل الطرق، و ینتهی إلی الجلب إلی المحکمة و لکل محلّه و شرطه.

و أمّا الغائب فسیوافیک عنه البحث تبعاً للشرائع تحت عنوان «مسائل تتعلّق بالحکم علی الغائب». «۱»

***

(۱) لاحظ الجواهر: ۴۰/ ۲۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۹

النظر الثالث فی کیفیة الحکم

اشارة

و فیها مقاصد

المقصد الأوّل: فی وظائف الحاکم

اشارة

و هی سبع:

الأُولی: التسویة فی أنواع الإکرام بین المتخاصمین

من آداب مجلس الحکم رعایة القاضی التسویة بین المترافعین فی أنواع الإکرام و هل هی واجبة أو مستحبّة، أو یفصّل بین الإنصات و العدل فی الحکم فهما واجبان لأنّ الإنصات بمعنی استماع الدعوی و جوابها و هو واجب. وجوه و عبارات الأصحاب مختلفة بین ظاهرة فی الوجوب، و صریحة فی الاستحباب أو فی التفصیل:

۱- قال الشیخ: علی الحاکم أن یسوّی بین الخصمین فی الدخول علیه، و الجلوس بین یدیه، و النظر إلیهما، و الإنصات إلیهما و الاستماع منهما و العدل فی الحکم بینهما. روت أُم سلمة أنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: من ابتلی بالقضاء بین الناس فلیعدل بینهم فی لحظه و إشارته، و مقعده فلا یرفعن صوته علی أحدهما بما لا یرفع علی الآخر، و کتب بعض الصحابة إلی قاضیه کتاباً طویلًا. فقال فیه واس بین الناس فی وجهک و مجلسک و عدلک حتی لا ییأس ضعیف من عدلک و لا یطمع

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۳۰

شریف من حیفک. «۱»

۲- قال المحقّق: «التسویة بین الخصمین فی السلام و الجلوس و النظر و الکلام و الإنصات و العدل فی الحکم» «۲» و لعلّ عطف

الأخیرین الواجبین علی غیرهما ظاهر فی کون التسویهٔ واجباً فی الجمیع.

۳- قال العلّامهٔ: و تجب علی الحاکم التسویهٔ بین الخصمین إن تساویا فی الإسلام و الکفر، فی القیام و النظر، و جواب السّلام و أنواع الإکرام و الجلوس و الإنصات و العدل فی الحکم. «۳»

۴- و قال فی الإرشاد: إذا حضر الخصمان بین یدیه سوی بینهما فی السّلام و الکلام و القیام و النظر و أنواع الإکرام و الإنصات و العدل فی الحکم. «۴»

و العبارتان الأخیرتان صریحتان فی الوجوب و أمّا عبارهٔ المحقّق فمحتملهٔ له، و سیوافیک فی الوظیفهٔ الثالثهٔ أنّه جوّز تخصیص الخطاب بأحد المترافعین و هو یوافق استحباب التسویهٔ لا وجوبها و ممّن قال بالاستحباب: سلّار، و ابن ادریس.

۵- قال سلّار: و لیکن نظره إلیهما متساویاً و مجلسهما کذلک ... فهذا کلّه ندب. «۵»

۶- و قال ابن إدریس: و یستحبّ أن یکون نظره إلیهما واحداً و مجلسهما بین یدیه علی السواء لا أنّ ذلک واجب علی ما یتوهمه من لا بصیرهٔ له بهذا الشأن. «۶»

استدلّ علی الحکم بروایات غیر نقیّهٔ السند، لکن التعاضد و إتقان المضمون، یدلّ علی الصدور خصوصاً ما رواه سلمهٔ بن کهیل عن أمیر المؤمنین علیه السلام: واس بین المسلمین بوجهک و منطقک و مجلسک حتّی لا یطمع قریبک

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۹، و المقصود من «بعض الصحابهٔ» هو أمیر المؤمنین علیه السلام علی ما فی روایهٔ سلمهٔ بن کهیل.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۰.

(۳) العاملی، مفتاح الکرامهٔ: ۱۰/ ۳۰، قسم المتن.

(۴) العلّامهٔ الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۰.

(۵) سلّار الدیلمی، المراسم: ۲۳۱.

(۶) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۵۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۳۳۱

فی حیفک و لا ییأس عدوک من عدلک. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ فی السند عمرو بن أبی المقدام، و هو لم یوثق و کون الراوی من أصحاب الإجماع کالحسن بن محبوب لیس دلیلًا علی کون المرویّ عنه ثقهٔ کما أوضحنا حاله فی کتابنا: «کلیّات فی علم الرجال»: أضف إلی ذلک أنّ «واس» الذی هو لغهٔ فی «اس» بمعنی التعاون من واسی الرجل بمعنی عاونه و هو غیر المساواهٔ، علی أنّه غیر مختصّ بمجلس المرافعهٔ، و التعلیل یناسب کونه مستحبّاً، لأنّ الواجب علی القاضی، هو الحکم بالعدل، فلو قام بعمل طمع القریب فی حیفه، و لکنّه لم یحف، لیس علیه شیء. کلّ ذلک دلیل علی أنّ هذه الأُمور مستحبّهٔ إلّا ما دلّ الدلیل علی وجوبه کالإنصات و العدل فی الحکم.

و منه یظهر حال ما رواه السکونی. «۲»

و قال المحقّق الأردبیلی: إنّ ظاهر الروایهٔ (السکونی) الوجوب و لکن للندرهٔ و ضعف السند و الأصل و ورود الأمر للندب کثیراً خصوصاً فی مقام بیان الآداب الأعم حملت علی الندب «۳» نعم لو انتهی ترک العمل بها إلی تحقیر الآخر و إهانته یحرم.

و قد استثنی من ذلک أمران:

۱- التسویهٔ فی المیل القلبی لأنّ ذلک غیر مقدور.

۲- تفضیل المسلم علی الکافر فلا مانع من کون الکافر قائماً و المسلم جالساً لیمیّزا و لکنّه لا یکون دلیلًا علی العدول عن الحقّ و قضیّهٔ الإمام مع یهودی حضر لدی شریح معروفهٔ. «۴»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

(۲) نفس المصدر، الباب ۳ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۳۲.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۴.

(۴) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۴۹، و ابن قدامة، المغنى: ۱۱/ ۴۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۳۲

الثانية: فى تحريم تلقين أحد الخصمين على الآخر

قال الشيخ: إذا جلس الخصمان بين يديه لم يكن له أن يلقّن أحدهما ما فيه ضرر على خصمه و لا يهدى إليه، مثل أن يقصد الإقرار فيلقّنه الإنكار، أو يقصد اليمين فيلقّنه ألّا يحلف. «۱»

قال المحقّق: «لا يجوز للحاكم أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، و لا أن يهديه لوجوه الحجاج» «۲»، أى ليس له أن يعين المدّعى فى ادّعائه ليكون ادّعاؤه مسموعاً، كما إذا ادّعى بطريق الاحتمال فيعلمه أن يدّعى بالجزم حتّى تكون دعواه مسموعة، و لا أن يعين المنكر فى إنكاره. كما إذا قال له المدّعى، أقرضته كذا درهماً، فأراد المدّعى عليه أن يقول، بأنّه أدى دينه و بما أنّ هذا النمط من الجواب يجعله مدّعياً لا يقبل منه إلّا بالبيّنة، يُعلمه القاضى لينكر الدين من أساس. كلّ ذلك إدخال ضرر على الخصم و إرشاد لأحد المترافعين ليغلب على الآخر، فالجملتان «۳» فى عبارة المحقّق تشيران إلى معنى واحد و دليل التحريم كونه مخالفاً لشئون القضاء و هو المحايدة و أين هى من تلقين الحجّة على أحد المتخاصمين مضافاً إلى احتمال إيراد الضرر على خصمه، و أمّا ما ذكره المحقّق من أنّه يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدّها فليس بكاف إذ لا دليل على تحريمه ما لم ينجر إلى إبطال الحقوق.

نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و إن استفاد منه الخصم، كما أنّه لا بأس بالتلقين، إذا علم أنّه الحقّ و لا يلزم منه فتح باب المنازعة.

هذا كلّه فى القاضى و أمّا الوكيل فهو على طرف النقيض من الحيادة، فله أن يعلمه و يلقنه طريق الغلبة، ما لم يقف على فساد الدعوى و إلّا فيحرم الدفاع عنه

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۰.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۰.

(۳) التلقين، و الهداية و حاول فى مفتاح الكرامة أن يفرّق بينهما بوجه غير مهمّ فلاحظ ج ۱۰/ ۳۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۳۳

الثالثة: فى عدم مواجهة أحدهما بالخطاب

قال المحقّق: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدّعى، و لو أحسّ منهما أنّ سكوتهما بسبب احتشامه، أمر من يقول ذلك و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمّن من إيحاش الآخر. «۱»

و ذكر العلّامة صدر الكلام و ترك ذيله أى قوله: «و يكره أن يواجه أحدهما بالخطاب» و لو كانت التسوية واجبة لما جاز أن يخصّ أحدهما بالخطاب إلّا أن يجعل ذلك قرينة، على كون التسوية لدى المحقّق مستحبّة.

و يظهر من الشيخ أنّه على الحرمة قال: «و لا يقول لواحد منهما تكلّم لأنّه إذا أفرده بالخطاب كسّر قلب الآخر». «۲»

و لکن الکراهة أظهر و قد مرّ عدم الدلیل الواضح علی وجوب التسویة فی غیر الإنصات و العدل فی الحکم.

الرابعة: فی الدعوة إلی الصلح

قال المحقّق: إذا ترافع الخصمان و کان الحکم واضحاً لزمه القضاء و یستحبّ ترغیبهما فی الصلح فإن أبیا إلّا المناجزة، حکم بینهما. «۳»

و قال العلّامة: و إذا اتّضح الحکم وجب، و یستحبّ الترغیب فی الصلح و إن أشکل أخّر إلی أن یتّضح. «۴»

إذا ظهر للحاکم بعد تحریر الدعوی و المنازعة الحکم الحقّ، یجب علیه الحکم به إذا طلب المحکوم له لا ـ مطلقاً کما سیوافیک و کونه فوریاً لأجل أنّه

---

(۱) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۰.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۰.

(۳) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۱.

(۴) العلّامة الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۱.

حقّ مطالب و لا مسوّغ للتأخیر، کما أنّه إذا لم یظهر الحکم الحقّ، فعلیه أن یتأمّل و یجتهد و یطالع و یباحث العلماء حتّی یظهر الحکم.

إنّما الکلام استحباب الدعوة إلی الصلح بعد ظهور الحکم و طلب المحکوم علی وجه لا ینافی الفوریة العرفیة و ما فی المسالک من أنّ الترغیب إلی الصلح، ینافی الفوریة و إلّا لم یصحّ الاشتغال عنه بالترغیب فی الصلح، لیس بتام لعدم منافاته مع الفوریة العرفیة.

و یمکن استظهار الاستحباب مما نذکر.

۱- عمومات الدعوة إلی الصلح، منها: ما رواه اسحاق بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله عزّ و جلّ: (وَ لا تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لِأَیْمانِکُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تُصْلِحُوا بَیْنَ النّاسِ) «۱» قال: إذا دعیت لصلح بین اثنین فلا تقل علیّ یمین أن لا أفعل. «۲»

و معنی الآیة لا ـ تجعلوا الیمین بالله مانعاً عن البرّ و التقوی و الصلح لئلّا تبرّوا و تتّقوا، نظیر قوله سبحانه (یُبَیِّنُ اللّهُ لَکُمْ أَنْ تَضِلُّوا ...) (النساء/ ۱۷۶) أی لئلّا تضلّوا، و الآیة نزلت فی عبد اللّه بن رواحة حلف أن لا یدخل ... و لا یکلّمه و لا یصلح بینه و بین امرأته فکان یقول إنّی حلفت بهذا فلا یحلّ لی أن أفعل فنزلت الآیة. «۳»

۲- لو لا الترغیب إلی الصلح ربّما یتوجّه إلی المنکر الحلف و هو مکروه و إن کان صادقاً. «۴»

الخامسة: فیما إذا ازدحمت جماعة من المدّعین

إذا ورد الخصوم إلی المحکمة متعاقبین و عُرف المتقدِّم و المتأخر بُدِئ بالأوّل

---

(۱) البقرة/ ۲۲۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱ من أبواب الصلح، الحدیث ۵ و لاحظ روایات الباب.

(۳) الطبرسی: ۱/ ۳۲۲، ط صیدا.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱ من أبواب کتاب الأیمان، لاحظ أحادیثه.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۵

فالأوّل.

فإن وردوا جمیعاً، أو لم یُعْرَف الترتیب فقد ذکر المحقّق لحلّ مشکلة الترتیب وجهین:

۱- یُقْرع بینهم.

۲- تکتب أسماء المدّعین و لا یحتاج إلی ذکر الخصوم، و قیل یذکرهم أیضاً لتنحصر الحکومة و یجعلها تحت ساتر ثمّ یُخْرج رُقعة رقعة و یستدعی صاحبها.

ما هو الفرق بین الطریقین و هل الطریق الثانی أیضاً نوع إقراع، و الظاهر أنّه کانت للقرعة فی الأعصار السابقة صورة خاصّة من وضع الرقاع فی بنادق «۱» من طین و سترها و نحو ذلک بخلاف الصورة الثانیة فإنّها لیست إلّا کتابة أسماء المدّعین فی رقاع و صبُّها تحت یدی القاضی مستورة لیأخذها واحدة واحدة و یسمع دعوی من خرج اسمه فی کلّ مرتبة و هذا فی الحقیقة ضرب من القرعة لا علی الوجه المشهور. «۲».

و کان تعبّدهم بالصورة الأُولی علی حدّ نقل المحقق أنّه إنّما یعمل بالصورة الثانیة إذا تعسّرت القرعة بالصورة الأُولی و نسبه فی المسالک إلی المشهور.

أمّا لزوم تقدیم السابق وروداً فلأجل أنّه یوجد السبق حقّاً للسابق فی نظر العرف و العقلاء بحیث یرون التخلّف عنه ظلماً و تعدّیاً و هذا کاف فی لزوم العمل به و إذا کان عندهم کذلک فلیس للقاضی التجاوز عنه فیعمّه قوله سبحانه: (فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ۲۶) فیشمل أیضاً ما یعدّ حقّاً فی نظر عامّة الناس بفطرتهم.

و أمّا إذا لم یعلم السبق فبما أنّ المقام مظنّة التنازع فالإقراع، الطریق الوحید لرفعه نعم المتقدّم بالسبق أو القرعة إنّما یقدّم فی دعوی واحدة فإن کان له دعوی

---

(۱) البندق کلّ ما یرمی به من رصاص کرویّ و سواه.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۶

غیرها، یحضر فی مجلس آخر، و یکفی فی لزوم عدم الاشتغال به. إنّ العدول عنه یعدّ تعدّیاً إلّا إذا لم یتوقف علی صرف وقت کثیر یعدّ تضییعاً لحقّ الآخرین.

هذا ما یرجع إلی السابق أمّا فی محاکم الیوم، فیراعی الترتیب حسب تسلسل ورود الشکوی لدائرة استلام المرافعات.

و مع ذلک فربّما یری القاضی أنّ التأخیر فی القضاء، یوجّه ضرراً کثیراً بالنسبة إلی أحد المترافعین أو أنّ المتّهم سوف یترک ولایة القضاء فلا تصل الید إلیه، فعند ذلک یقدّم ما هو الأصلح للقضاء. أو أنّ الاشتغال بالمرافعة المتأخّرة، یکون مؤثّراً فی حلّ المرافعة الأُولی أو انّ التحقیق بعدُ لم یتمّ من حیث تکمیل ملفّ المرافعة ففی جمیع ذلک یکون للقاضی، العدول عن السابق إلی اللاحق.

السادسة: فی قطع کلام المدّعی بطرح دعوی جدیدة

إذا کان المتقدّم من المدّعیین أحقّ فی طرح الدعوی و سماع القاضی منه من غیره، یترتب علیه أنّه لو قطع المدّعی علیه، دعوی المدّعی بدعوی، لم تسمع حتی یجیب عن الدعوی و تنتهی الحکومة فإنّه حینئذ مدّع متأخّر عن الأوّل فلا تسمع دعواه ما لم یفرغ القاضی عن الحکومة فی الاولی إلّا إذا کانت بین الدعویین صلة، ربّما تلقی الثانیة ضوءاً فی حال الدعوی الأُولی فلا مانع عندئذ من استماعها.

نعم بعد الفراغ، یستأنف هو دعواه الثانیهٔ إن لم یکن هناک مدّع متقدّم.

السابعهٔ: فیما إذا سبق أحد الخصمین بالکلام

اشارهٔ

لا ـ شکّ أنّ المـدّعی هو الأحقّ بالابتـداء بالکلام لأنّه المشـتکی هو و إذا ترَکَ تُرِکَ، لکن إذا تنازع الخصـمان و زعم أنّ کلّ واحد منهم هو المدّعی نظر، فإن سبق أحدهما بالدعوی، لم یلتفت إلی قول الآخر الذی یقول: أنا المدعی بل علیه أن

یجیب ثمّ إن شاء طرح الدعوی.

لکن إذا لم یبتـدئ واحـد منهما بالـدعوی فلا بـدّ فی ترجیـح أحـدهما علی الآخر، من مرجّح، فقیل: یقـدّم من کان جالساً علی یمین خصـمه و یکون بالطبع أمام یسار القاضـی. قال الشـیخ: إذا حضـر اثنان عنـد الحاکم معاً فی حالـهٔ واحـدهٔ کلّ واحد منهما یدّعی علی صاحبه، من غیر أن یسبق أحـدهما بها. روی أصـحابنا أنّه یقـدّم من هو علی یمین صاحبه و اختلف الناس فی ذلک علی ما حکاه ابن المنـذر، فقال: منهم من قال: یُقْرع بینهما و هو الـذی اختاره أصـحاب الشافعی و قالوا: لا نصّ فیها عن الشافعی، و منهم من قال: یُقـدِّم الحـاکم منهمـا من شـاء، و منهم من قال: یصـرفهما حتی یصـطلحا، و منهم من قال: یسـتحلف کل واحـد منهما لصاحبه. دلیلنا: إجماع الفرقهٔ و أخبارهم و لو قلنا بالقرعهٔ کما ذهب إلیه أصحاب الشافعی کان قویاً لأنّه مذهبنا فی کلّ أمر مجهول. «۱»

فظهر أنّ هنا قولین:

۱- یقدِّم قول الجالس عن یمین الخصم.

۲- یقرع، و دلیل القول الثانی واضح أشار إلیه الشیخ فی کلامه إنّما الکلام فی دلیل القول الأوّل.

فقد اسـتدل للأوّل بما رواه الصدوق بسـنده عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أن یقدّم صاحب الیمین فی المجلس بالکلام. «۲»

و رواه ابن الجنیـد عن کتاب الحسن بن محبوب عن محمـد بن مسـلم «۳» و سـند الصدوق إلی محمّد بن مسـلم غیر نقی، و سـند ابن الجنید إلی الحسن بن محبوب غیر

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۱۹، کتاب القضاء، المسألهٔ ۳۲، و لاحظ المبسوط: ۸/ ۱۵۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۲.

(۳) المرتضی، الانتصار: ۲۴۴.

معلوم لنا و هل المراد یمین الخصم، أو یمین القاضـی و لیس صـریحاً فی یمین صاحبه کما عبّر به الشـیخ فی الکتابین. نعم علی ما قرر السیّد المحقّق البروجردی من أنّ الصـدوق نقـل الأحـادیث عن الکتب الثابتـهٔ إسـنادها إلی مؤلفیهـا (کما صـرّح به الصـدوق فی أوّل الفقیه). و أنّ ذکر الاسناد إلی مؤلفی هذه الکتب تبرّعی لا إلزامی، یرتفع الإشکال فی السند.

روی الصدوق بسـند صـحیح عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «إذا تقدّمتَ مع خصم إلی وال أو إلی قاض فکن علی یمینه یعنی یمین الخصم» و الظاهر أنّ التفسیر من الصدوق و علی فرض صحّته لا یدلّ علی أنّه کان مدّعیاً

و أنّ له حقّ السبق بالكلام. و لو قيل بالقرعة أو فوّض الأمر إلى اختيار القاضى لكان أحسن أيضاً.

إذا كثر المدّعون، و وردوا مجتمعين، فقد تقدّم أنّ القاضى يقرع بأحد النحوين، فيقدّم فى الاستماع من خرج اسمه لكن لو افترضنا أنّ بين المدّعين مسافراً أو مرأة ربّما يكون تأخير سماع دعواهما، سبباً لوقوعهما فى الضرر و الحرج الشديدين فيقدّما على غيرهما و ربّما يقال بعدم اقتضاء ذلك سقوط حقّ الآخر، و يمكن أن يقال: إنّما يرجع إلى القرعة إذا لم يكن هناك مرجّح شرعى و المفروض تضرّرهما دون الآخرين، و على ذلك لا يختصّ الحكم بالمسافر و لا بالمرأة بل يعمّ كل مورد يصاحب الضرر، لو أخّر، و هل يمكن إسراء الحكم إلى ما كان المتضرّر متأخّراً قطعاً، أو لا؟ وجهان:

كراهة الشفاعة للقاضى

ذكر المحقّق أنّه يكره للحاكم أن يشفع فى موردين:

١- إسقاط حقّ بعد ثبوته

٢- إبطال دعوى قبل ثبوتها

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٣٣٩

لقول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لأُسامة: يا اسامة لا تسألنى حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعة. «١» و الحديث أجنبىّ عن المقام لكون البحث فى شفاعة القاضى، لا شفاعة الغير عند القاضى.

و قد سبق فى الوظيفة الرابعة: أنّه إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحاً يستحبّ ترغيبهما فى الصلح، و عند ذلك يقع الكلام فى كيفية الجمع بينهما و يمكن الجمع بوجهين:

١- إنّ الترغيب إلى الصلح قبل الحكم بالحقّ و إن كان واضحاً عند القاضى بخلاف المقام فإنّ الشفاعة بعده. «٢»

٢- إنّ الترغيب إلى الصلح راجع إلى حقوق الناس بخلاف المقام فإنّه راجع إلى حدود الله.

على أنّ القاضى إذا أعياه الأمر و لم يجد طريقاً صحيحاً للقضاء يأمر بالصلح أيضاً.

المقصد الثانى: فى مسائل متعلّقة بالدعوى

اشارة

و هى خمس:

الأُولى: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة

يشترط أن يكون المدّعى به معلوماً بالجنس و النوع و الوصف و القدر كما عن الشيخ و أبى الصلاح و ابنى حمزة و زهرة و إدريس و الفاضل فى التحرير، و التذكرة

---

(١) النورى، المستدرك: الجزء ١٧، الباب ١١ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢.

(٢) لاحظ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب مقدّمات الحدود.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٣٤٠

و الدروس فلا تسمع إذا كان مجهولًا كما إذا ادّعى فرساً أو دابّة أو ثوباً أو شيئاً. «۱»

۱- قال الشيخ إنّ ما يدّعيه لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يكون أثماناً أو غيرها فإن كان أثماناً فلا بدّ من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة و هو أن يذكر القدر و الجنس و النوع، فالقدر ألف، و الجنس دراهم، و النوع راضية أو عزيّة.

و أمّا إذا كانت من غير الأثمان فقسّمها إلى القائمة و التالفة، و القائمة إلى ما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب و الثياب فيذكر صفاتها و إلى ما لا يمكن فليذكر القيمة، ثمّ قسم التالف إلى مثلى يذكر صفاته و قيمى يذكر قيمته. «۲»

۲- و قال عماد الدين الطوسى: و لا يجوز سماع الدعوى غير محرّرة إلّا فى الوصيّة و إنّما تتحرّر الدعوى فى الدين بثلاثة: قدر المال و الجنس و النوع و ربّما احتاج إلى وصف رابع إذا اختلف النوع مثل من ادّعى مائة درهم فلانى و كان بين الصحيح و العلّة تفاوت. «۳»

۳- و قال ابن إدريس: فإن كان أثماناً فلا بدّ من ذكر ثلاثة أشياء تكون معلومة و هو أن يذكر القدر و الجنس و النوع و أمّا إن كانت غير الأثمان فقد ذكر نفس ما ذكره الشيخ فى المبسوط. «۴»

۴- و قال المحقّق: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة مثل أن يدّعى فرساً أو ثوباً و يقبل الإقرار بالمجهول و يلزم تفسيره و فى الأوّل (عدم قبول الدعوى المجهولة) إشكال. «۵»

و لعلّ المحقّق أوّل من خالف الرأى السائد قبله إذ أىّ فرق بين الدعوى

---

(۱) النراقى، المستند: ۲/ ۵۱۴۵۱۳؛ و السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۳۸.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۷۱۵۶ بتلخيص.

(۳) عماد الدين، الوسيلة: كتاب القضاء ۲۱۶.

(۴) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۷۸.

(۵) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۴۱

و الإقرار، فإنّ الأوّل لا يقبل، و الثانى يقبل لكن يلزم بتفسيره و ربّما قيل إنّ الفرق و هو أنّ إقرار المقرّ يسمع إذ لو ردّ ربّما يرجع عن إقراره فلأجل ذلك يقبل، حتى يفسره بخلاف ادّعاء المدّعى فبما أنّه لصالحه، فلو لم يقبل يرجع و يدّعى شيئاً معلوماً، إذ له داع لأخذ حقّه من غيره.

يلاحظ عليه: أنّ المهم، شمول الأدلّة للمجهولة منهما أوّلًا، و لا اعتبار بهذه الاستحسانات ثانياً.

و الأولى أن يقال: يجب أن تكون الدعوى ذات أثر شرعى فلو ادّعى على رجل شيئاً لا أثر شرعى لها كما إذا قال لى عنده شىء، و هو مردّد بين ما له القيمة و ما ليس له قيمة، فلا تشمله الأدلّة و أمّا إذا كان مع كونه مجهولًا، ذا أثر شرعى فيقبل و إن كان مجهولًا من جهة و معلوماً من جهة أُخرى كما إذا ادّعى أنّ له على زيد ثوباً أو دابّة فيقبل الادّعاء فإن قامت البيّنة على تعيين المدّعى به من حيث الخصوصيات التى تختلف بها القيم، و إلّا فيُلزم بالأقلّ قيمة من محتملات الثياب أو الدواب لا الخارج عنهما و تحتمل القرعة فإذا ادّعى أنّ له عليه ثوباً لكن نسى خصوصياته، و كان المدّعى به محتملًا بين ثياب أو دوابّ مختلفة محدودة فإن كان موجوداً يقرع بين الثياب أو الدواب، فإن تلف فإن اتّفقا فى القيمة و إلّا، فيدفع الأقل.

الثانية: إيراد الدعوى بصيغة الجزم

اشارة

من شروط صحّة طرح الدعوى إيرادها بصيغة الجزم و عليه لفيف من الفقهاء فلا يصحّ أن يقول: أظنّ أو أتوهّم كذا سواء أ كان فى قلبه جازماً أو لا:

۱- قال المحقّق: و لا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم فلو قال: أظنّ أو أتوهّم لم تُسمع و كان بعض ما عاصرناه يسمعها فى التهمة و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى. «۱»

---

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۲

۲ و قال العلّامة: لا يجوز أن يعتمد على خطّه إذا لم يتذكّر.

و قد تتبع المحقّق النراقى الأقوال فى المسألة و تبعه السيّد الطباطبائى و هى لا تتجاوز عن ستّة.

۱- لا تسمع الدعوى الظنيّة و الوهمية.

۲- تسمع مطلقاً لو كانت احتمالية.

۳- تسمع فى صورة التهمة.

۴- تسمع فى صورة الظنّ.

۵- تسمع فيما يخفى و يعسر الاطّلاع عليه كالقتل و السرقة و نحوهما دون ما لا يخفى.

۶- تسمع عند احتمال الإقرار أو وجود البيّنة أو ادّعاء المدّعى أحدهما فإن تحقّق و إلّا سقطت، كما تسقط مع عدم احتمال شىء منهما من الأوّل. «۱»

إنّ الظاهر من كلماتهم أنّ وجه الاشتراط أحد أمرين: إمّا لعدم صدق الدعوى إذا لم يكن جزم فى عرضها، أو لعدم ترتّب أثرها عليه من حلف المدّعى إذا ردّ المنكر عليه، أو القضاء بالنكول، فلا يصحّ للمدّعى الحلف لعدم علمه بصحّة الدعوى كما أنّه لو قضى القاضى بالنكول لما صحّ له التصرّف فى المدّعى به للوجه المذكور، فلأجل ذينك الوجهين التزموا باشتراط الجزم فى صيغة الدعوى مطلقاً أو فى بعض الموارد كما عرفت فى الأقوال.

غير أنّ هذه الوجوه غير صالحة للاستدلال.

أمّا الأوّل فيمنع عدم صدق الدعوى مع الظنّ و التهمة و لا يمكن إنكاره بل تطلق عليه الدعوى فى مقام التهمة و غيرها و لأجل ذلك يجوز تحليف الأمين مع

---

(۱) النراقى، المستند: ۲/ ۵۱۴، و السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۴۲ و القول الأخير لوالد النراقى، أعنى: الشيخ مهدى النراقى فى المعتمد فإذا كان للولد «المستند» فللوالد «المعتمد».

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۳

التهمة كما فى غير واحد من الروايات.

روى بكر بن حبيب: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: اعطيت جبّة إلى القصار فذهبت بزعمه قال: إن اتّهمته فاستحلفه، و إن لم تتّهمه فليس عليه شىء. «۱»

كلّ ذلك يدلّ على أنّه لا يشترط فى طرح الدعوى الجزم بالصيغة بل يكفى كون الدعوى مقبولة عند العقلاء.

نعم فرق بين المقام و مورد الرواية فإنّ الحالف فيها، هو المدّعى، أعنى: القصّار و الحائك اللذين يدّعيان أنّ الثوب قد سُرِقَ، بخلاف المقام فإنّ الحالف لو قلنا بسماع الدعوى هو المنكر، دون المدّعى و لكن وجه الاستدلال غير مبنى على التماثل بين البابين من جميع

الجهات بل من جهة أنّه يجوز طرح الدعوى مع عدم الجزم بهما.

و أمّا الثاني و الثالث: أى قبول اليمين المردودة من المنكر، أو القضاء بالنكول فلا نلتزم بكونها من آثار الدعوى على وجه الإطلاق لأنه إنّما يحلف باليمين المردودة أو يُقضى بالنكول إذا لم يكن هناك مانع و هو فى المقام موجود لأنّ المفروض عدم جزم المدّعى بالمدّعى به فكيف يحلف، أو يتصرّف فيما قُضى له بالنكول.

هذا هو إجمال الكلام فى المسألة و تحقيق الحقّ يقتضى التفصيل و هو.

لا شكّ أنّه إذا علم بالحقّ، صحّ له طرح الدعوى على وجه الجزم كما أنّه إذا علم بعدمه يحرم عليه طرح الدعوى مطلقاً إنّما الكلام فيما إذا لم يكن له علم جازم أى العلم حسب اصطلاح المنطقيين فهنا صورتان:

الأُولى: إذا كانت معه حجّة شرعية كما إذا قامت البيّنة على كونه مديوناً أو دلّ الاستصحاب على كونه كذلك، أو أقرّ خارج مجلس الحكم، أو وجد بخطّه أو

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۹، من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ۱۶، و يلاحظ الحديث ۱۷ و ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۴۴

خطّ المدّعى عليه أنّه مديون و أمن من التزوير فإنّه حجّة عقلائية بلا كلام.

الثانية: إذا لم تكن له حجّة شرعية أو بيّنة عقلائية بل لم يكن له إلّا مجرّد احتمال يحتمل معه انتهاء الأمر إلى إقرار المدّعى عليه بالدين و نحوه و الكلام فى كلّ منهما يقع فى موردين:

تارة فى جواز طرح الدعوى من جانب المدّعى و عدمه و أُخرى، فى جواز سماع الدعوى للقاضى و عدمه، و بعبارة أُخرى يقع الكلام تارة فى الحكم التكليفى للمدّعى، و أُخرى فى الحكم الوضعى للقاضى من حيث وجوب السماع و اعمال قواعد القضاء فلنبحث عن الصورتين واحدة بعد الاخرى.

الأُولى: إذا كانت للمدّعى حجّة شرعية

أمّا جواز طرح الدعوى فلا شكّ فى أنّه إذا كان للمدّعى حجّة شرعية، أنّ له حق المطالبة و طرح الدعوى باحدى الصور التالية:

۱- أن يطرح الدعوى بصورة الاخبار و يقول: لى على فلان دينار، من دون أن يذكر مصدرها.

۲- تلك الصورة، لكن يضمّ إليها ذكر المصدر، و يقول: لى على فلان دينار، لقيام البيّنة.

۳- أن يطرح الدعوى بصورة الإنشاء، و يقول خطاباً للقاضى: اطْلب من فلان ديناراً. و إن لم يكن له علم وجدانى، إذ يكفى فى عدم صدق الكذب استناده إلى الحجّة الشرعية خلافاً للمحقّق الرشتى حيث زعم أنّه كذب مسوغ لأجل استنقاذ الحقّ الذى قامت عليه أمارة شرعية.

يلاحظ عليه: أنّ إظهار الدعوى بالجزم مع عدمه فى القلب إنّما يعدّ كذباً و تدليساً إذا لم يستند إلى دليل شرعى، و أمّا معه فلا يوصف به، و قد أشار إليه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۴۵

صاحب الجواهر فى ثنايا كلامه «۱» و أمّا الكذب المضمونى فهو يتحقّق مع الجزم أيضاً، كما هو واضح.

و أمّا سماع الدعوى فيجب على القاضى سماعها، لوجود المقتضى و هو الدعوى الصحيحة و فقدان المانع، حتّى و لو علم القاضى أنّه استند إلى البيّنة أو القواعد الشرعية و ذلك لشمول الإطلاقات للمقام و لولاه لزم إبطال كثير من الحقوق و يترتب عليه كلّما يترتّب

علی الدعاوی الصحیحة من لزوم اقامة البیّنة علی المدعی و الحلف علی المنکر، فلو ردّ الحلف جاز له الیمین حسب ما قامت علیه البیّنة أو الأصل الشرعی و لو قضی القاضی بالنکول جاز له التصرّف فی العین لنفس الدلیل، و معه لا حاجة إلی الاستدلال بما ورد فی جواز إحلاف الأُمناء إذا ادّعوا التلف أو إحلاف القصار و الحائک فی صورة التهمة «۲» و قد أشار صاحب الجواهر إلی هذه الصورة و قال: «إنّ المدّعی لا يشترط جزمه فی نفس الأمر لأنّه إذا کانت للمدّعی بیّنة تشهد له بحقّ و هو لا یعلم به فله أن یدّعی به عند الحاکم لتشهد له البیّنة، و کذا لو أقرّ له مقرّ بحقّ و هو لا یعلم فله أن یدّعیه علیه و إن لم یعلم سببه فی نفس الأمر ما هو». «۳»

الصورة الثانیة: إذا کانت فاقدة للحجّة الشرعیّة

لا شکّ فی أنّه لا یجوز طرح الدعوی بصیغة الجزم لکونه کذباً مخالفاً لما یعتقد إذ لیس فی نفسه جازماً نعم یجوز له، إظهارها علی النحو المنزّه عن کذب و نفاق فقال: أظنّ أو احتمل أنّ لی عندک درهماً فالکلام فی وجوب السماع و ترتیب الأثر و إعمال قواعد القضاء فی حقّه و عدمه، و ربّما یرجّح عدمه لأنّ الدعوی یلزمها أن

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۴، السطر ۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۹ من أبواب الإجارة، الحدیث ۱۷۱۶.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۳۱۵۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۴۶

یتعقّبها یمین المدّعی إذا ردّت إلیه أو القضاء بالنکول و کلاهما غیر ممکنین مع عدم العلم بأصل الحقّ، و لکنّک قد عرفت أنّ الأمرین المذکورین لیسا من أثر مطلق الدعوی، و إنّما یقوم به المدّعی أو القاضی إذا کان العمل بهما ممکناً، لا ما إذا لم یکن کذلک، و الظاهر الاکتفاء بکون الدعوی أمراً مقبولًا عند العقلاء و هو کذلک إذا کان مظنوناً أو متّهماً أو ما إذا اکتنفت الدعوی بأُمور تسوّغ إقامة الدعوی عند العقلاء فیکفی ترتّب الأثر علیها من احتمال إقرار المدّعی علیه علی الحقّ، أو یمینه المسقط لحقّ الدعوی أو نحوهما و أقصی ما یلزم أنّه إذا توقّف عن الیمین، تکون الدعوی متوقّفة و کم لها من نظیر فی باب القضاء. و یؤیّد ما ذکرنا أمران:

۱- ما قدّمناه من الروایات الواردة فی القصار و الحائک فإنّ الأثر المترتّب علیها، هو جواز إحلاف القصّار هناک و فی المقام.

۲- إنّه لو بنی علی سماع خصوص الدعوی القطعیة لصار کثیر من الحقوق خصوصاً فیما تردّد المدّعی علیه من بدء الأمر بین شخصین، و لکن مهما طال التحقیق و الاستنطاق، یتجلّی الواقع، و یُمیّز السارق عن الأمین.

و یمکن أن یقال إنّه یجوز له الجزم فی طرح الدعوی إذا کان المحتمل أمراً مهمّاً یحتمل معه إقرار المدّعی علیه به کالقتل و المال الطائل، بحیث لو طرحها بصورة الظن أو الوهم، یبعد اعترافه به.

ثمّ إنّ القوم قد عدّوا من الصورة الثانیة ما لو وجد الوارث فی دیوان أبیه بخطّه دیوناً لأبیه، أو وجد الإمام فی دیوان من لا وارث له دیوناً له، بخطّه، و قد سبق أنّه حجّة إذا کان مأموناً من التزویر فیلحق بالصورة الأُولی، و إلّا فهو من الصورة الثانیة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۴۷

المسألة الثالثة: فی طلب الجواب من المدّعی علیه

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۳۴۷

إذا تمّت الدعوی من المدّعی هل یُطالِبُ الحاکمُ، المدّعی علیه بالجواب أو یتوقّف ذلک علی التماس المدّعی؟ وجهان:

قال الشیخ: کلّ موضع تحرّرت الدعوی، هل للحاکم مطالبة المدّعی علیه بالجواب من غیر مسألة المدّعی أم لا؟ قال قوم: لا یطالبه بالجواب من غیر مسألة المدّعی، لأنّ الجواب حقّ المدّعی فلیس للحاکم المطالبة به من غیر مسألته کنفس الحقّ و هو الصحیح عندنا و قال قوم: له مطالبته به من غیر مسألة المدّعی لأنّ شاهد الحال یدلّ علیه لأنّ الإنسان لا یُحضِر خصمه إلی الحاکم لیدّعی علیه، و ینصرف من غیر جواب و هو قویّ أیضاً. «۱»

و لا یخفی أنّ الاستناد إلی شهادة الحال، یُرجع القول الثانی إلی الأوّل و معناه، عدم جواز المطالبة إلّا بطلبه صریحاً أو بشهادة الحال.

و قوّاه المحقّق و قال: إنّه یتوقّف لأنّه حقّ له فیقف علی المطالبة. «۲»

و لکن الحقّ خلافه، مضافاً إلی کونه خلاف سیرة العقلاء فی المحاکم.

أنّ شاغل منصة القضاء إنّما نُصب علیه لقطع المخاصمات، و حلّ المشکلات، فما لم یکن هناک موضوع مطروح فلا تکلیف له، و أمّا بعده، فهو مأمور بالقضاء بالقواعد، فلا شأن له إلّا هذا فهو یتّبع القواعد إلی نهایة الأمر، إلّا أن یدلّ دلیل خاص علی لزوم التوقّف و استفسار الأمر عن أحد المترافعین، و بما أنّه لا دلیل علی لزوم سؤال المدّعی، فی مورد مطالبة الجواب عن الخصم، لکونه علی خلاف المفهوم من الأمر بالقضاء فینهی المخاصمة بالقضاء.

و هناک احتمال ثالث و هو أنّ الجواب حقّ الخصم، لیدفع عن نفسه ما

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۷.

(۲) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۸

وجّهه إلیه المدّعی، و هو یؤیّد عدم الحاجة إلی إجازة المدّعی.

المسألة الرابعة: فی الشکوی علی القاضی

قد سبق أنّه یشترط فی صحّة الترافع أن لا یکون القاضی من أطراف المرافعة، فلا یصحّ إذا کان أحد المترافعین قاضیاً فیها بل یجب أن یکون کأحد الرعایا و ترفع الشکوی إلی قاض آخر و المسألة عندئذ لا تخلو من الصور الآتیة:

۱- إذا کان هناک إمام له رئاسة کلّیة علی الأنظمة، و منها نظام القضاء، رفعها إلیه.

۲- إذا لم یکن رفع الشکوی إلی الإمام میسوراً و کان المدّعی فی غیر ولایة الخصم (القاضی) رفعه إلی قاضی ولایته، و یجب علی القاضی الحضور، شأن غیره ممّن تکون بینه و بینه خصومة، و ذلک، لأنّ تعیین القاضی حقّ طبیعی للمدّعی، فتجب علی الخصم الإجابة إذا دعی إلی المحکمة.

۳- إذا کان المدّعی فی بلد الخصم الذی هو قاضی ذلک البلد، فلا یصحّ رفع الشکوی إلیه، لما عرفت من بطلان کون القاضی أحد المترافعین، لکن إذا کان له خلیفة فی ذلک البلد رفعه إلیه کما حضر علی علیه السلام مع أحد الرعایا عند خلیفته أعنی: شریحاً، و بما أنّ النائب یکون خارجاً عن طرف الدعوی، یکون حکمه نافذاً فی حقّهما، و افتراض الخلیفة عادلًا، یصدّه عن الجنوح إلی جانب المنوب عنه، إلّا جنوحاً عن لا شعور، و هو لیس بمحرّم.

و هناک احتمال آخر و هو أن یرفع الشکوی إلی قاضی بلد آخر کالصورة الثانیة إذ لا دلیل علی لزوم الرجوع إلی قاضی البلد الذی

هو و خصمه، فيه خصوصاً بعد ما عرفت من أنّ تعيين القاضى حقّ طبيعى للمدّعى، فلا وجه لعدم حضوره فى المحكمة و إن كانت فى غير بلده إلّا إذا كان ضررياً أو حرجياً، فما لم يمنعه مانع عن رفع الشكوى إلى أىّ محكمة من المحاكم القريبة أو النائية، فله رفع الشكوى

إليها، إلّا إذا كان هناك تحديد من الحاكم الأعلى للمرافعات خلافاً للشهيد الثانى، حيث منع العدول عن الترافع لدى الخليفة و قال: «و لا تجب إجابة المدّعى إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده لأنّ العدالة تمنع من التهمة» «۱» و هو كما ترى.

۴- و لو لم يكن له خليفة رفعه إلى حاكم آخر فى غير ولايته.

هذا هو مقتضى الأنظمة السالفة و أمّا اليوم فللاعتراض على أحكام القضاة محكمة خاصّة، هم المعنيّون لرفع التظلم عن الرعايا، نعم تختصّ تلك المحكمة بالنظر إلى الشكاوى المتوجّهة إلى أحكامهم، لا إلى أعمالهم الخارجة عن حيطة قضاءهم فهم فى ذلك مع غيرهم سواء.

المسألة الخامسة: فى جلسة المتخاصمين

يستحبّ للمتخاصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم لأنّه الموافق للأدب، و ليتمكّن القاضى من التساوى بينهما فى النظر، و قد جلس على عليه السلام مع خصمه عند شريح «۲» و لو قاما لكان أيضاً جائزاً، كلّ ذلك لباس للقضاء، و ليس لبّاً له و الحاكم يتحرّى فى كلّ زمان، الصورة المناسبة له.

المقصد الثالث: فى جواب المدّعى عليه

اشارة

ذكروا أنّ جواب المدّعى عليه لا يخلو عن ثلاثة: إمّا الإقرار أو الإنكار أو السكوت و لكلّ حكمه و لكن جعل الأخير من أقسام الجواب لا يخلو عن تأمّل فإنّه يرجع إلى عدم الجواب، و لعلّ عدّه منه لأجل اشتراكه فى الإنكار فى الأثر إذا أصرّ

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

عليه فيكون كالناكل فى ردّ اليمين على المدّعى أو القضاء بالنكول لو قلنا به، و قد نسب إلى المحقّق الأردبيلى قسم رابع و هو الجواب ب «لا أدرى» و هو جواب حقيقة، و أكثر ما يجاب به فى كلام الوارث فيما إذا ادّعىَ على مورّثه من الديون فيجيب ب «لا أدرى» و عدّه قسماً من الإنكار كما ارتكبه المحقّق الرشتى بحجّة اشتراكهما فى نفى العلم، لا فى نفى الواقع، ضعيف لأنّ الإنكار، ادّعاء علم بالعدم، بخلاف «لا أدرى» فهو ادّعاء عدم العلم، و شتّان بينهما فجعله أمراً مستقلّا أولى من إدخاله تحت الإنكار، و لأجل ذلك لا يترتّب عليه حكمه من الاستحلاف على نفى الواقع.

و إليك البحث عنها واحداً بعد الآخر فهنا فصول ثلاثة:

الفصل الأوّل فى إقرار المدّعى عليه

اشارة

اقرار المدّعى عليه بما ادّعاه المدّعى موضوع للمسائل التالية:

۱- يُلزم المدّعى عليه بما أقرّ به و هل اللزوم يتوقّف على حكم الحاكم أولا؟

۲- هل يتوقّف حكم الحاكم على مسألة المدّعى و موافقته لصدور الحكم أو لا؟

۳- لو التمس المقرّ له، أن يكتب له إقرار المدّعى عليه، هل تجب الكتابة أولا؟

۴- ما هو صورة الحكم، إذا حاول أن يكتب؟

۵- إذا امتنع المقرّ عن الأداء مع كونه واجداً.

۶- إذا ادّعى الإعسار و استبان فقره فهل يُنظر أو يسلّم إلى الغرماء؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۵۱

۷ إذا جهل حاله، فهل يحبس لتُبيَّن حاله أو لا؟

فهذه فروع سبعة مطروحة حول الجواب بالإقرار فنبحث عن كلّ بعد الآخر.

الأوّل: إلزام المقرّ و التوقّف على حكم الحاكم؟

إذا أقرّ يلزمه ما أقر به إذا كان جامعاً للشرائط، أى جامعاً لشرائط الإقرار و التصرّف و إقراره حجّة على نفسه لما روى عن النبيّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم انّه قال:: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «۱» و هل الإلزام مقيّد بحكم الحاكم كما هو الحال فى البيّنة إذا قامت لصالح المدّعى أو لا؟ ذهب العلّامة إلى عدم التوقّف قال فى الإرشاد: «فإن اعترف الزم بأن يقول الحاكم حكمت أو قضيت أو اخرج من حقّه مع التماس المدّعى و إلّا ثبت الحقّ» «۲» و فسّره الأردبيلى بقوله: «و إن لم يلزمه الحاكم و يحكم عليه، ثبت».

و تبعه الشهيد الثانى فى المسالك فحكم بالثبوت و إن لم يرافقه الحكم، خلافاً للأردبيلى حيث قيّد الثبوت بحكم الحاكم و قد استدل الشهيد و غيره على الفرق بين الإقرار و البيّنة فى أنّ الثبوت فيها منوط بحكم الحاكم دون الإقرار بوجوه:

۱- إنّ البيّنة منوطة باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردّها و هو غير معلوم بخلاف الإقرار. «۳»

يلاحظ عليه: أنّه لم يعلم الفرق بينهما من هذه الجهة فإنّ الثبوت فى الإقرار أيضاً منوط باجتهاد الحاكم فى قبوله و ردّه لأنّه ربّما لا يكون جامعاً للشرائط إقراراً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲ من كتاب الإقرار، الحديث ۲.

(۲) العلّامة الحلى: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۲۹. و الظاهر زيادة بل.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۵۲

و تصرّفاً كما إذا كان محجوراً أو سفيهاً، و ربّما يكون غير صريح فيما يدّعيه المدّعى فنفوذه يتوقّف على حكم الحاكم.

۲- إنّ قبول البيّنة و ردّها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الإقرار. «۱»

يلاحظ عليه: أنّه ليس شيئاً جديداً بل هو نفس الفرق السابق أضف إليه أنّ الإقرار مثل البيّنة ربّما لا يتوقّف قبولها على حكم الحاكم إذا علم قبولها عند الحاكم و إن لم يُنشأ الحكم لمقتضاهما و ربّما تتوقف، و ليس هنا ضابطة كلّية فى أحد الجانبين دون الآخر.

۳- لا مجال لحكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومة حينئذ كى يحكم بقطعها بخلاف البيّنة.

يلاحظ عليه: أنّ معناه لغويّة حكم الحاكم مع الإقرار مع أنّهم اتفقوا على صحّة الحكم إذا حكم.

۴- إنّ البيّنة حجّة لدى المدّعى دون المدّعى عليه فلا يحصل قطع الخصومة بإقامتها وحدها و يحتاج إلى حكم الحاكم حتّى يكون قوله قاطعاً للنزاع بخلاف الإقرار فإنّه حجّة لدى المترافعين، فلا وجه للتوقّف.

يلاحظ عليه: أنّ الأثر مترتّب على الإقرار الجامع للشرائط و لا يعلمه إلّا القاضى، الكاشف عنه حكمه فكيف لا يحتاج إليه كما سيوافيك بيانه.

و أمّا ثمرة القولين فتظهر الثمرة فى الموارد التالية:

أ: إذا كان مورد النزاع عيناً من الأعيان عند المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة يجوز للمدّعى التقاص دون القول الآخر.

ب: إذا لم يكن له علم بالمدّعى به إلّا عن طريق إقرار المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة فله أن يطالبه دون القول الآخر.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۸.

ج: إنّ للحاكم الآخر إنفاذ حكم الحاكم الأوّل، فلو قلنا بعدم الحاجة فله تنفيذه و إن لم يحكم دون القول الآخر.

و الظاهر كما مرّ مضافاً إلى حفظ النظام، و اتّباع السيرة المألوفة أنّ رفع الخصومة أمر فنى لا عادى لا يقوم به إلّا العارف بشئون القضاء، فلا يتحقّق إلّا بحكم من يعرفها، من غير فرق بين البيّنة و الإقرار، و يمين المنكر أو اليمين المردودة و غيرها، فإحراز كون الإقرار جامعاً للشرائط لا يقف عليه الّا القاضى، و لا يعلم علمه إلّا بحكمه.

و يظهر من المحقّق الأردبيلى، اختيار ذلك القول لكن علّله بوجه غير تام و قال: إذ الحكم بالثبوت مشكل و لهذا لم يقدر أحد أن يشهد بثبوته فى ذمّته بل (كذا) بإقراره فليس الحكم إلّا للحاكم لاجتهاده أنّ اقرار العقلاء على أنفسهم جائز و نحوه و للإجماع فحينئذ تجويز الحكم و أخذ الحقّ عنه لكلّ أحد بغير رضاً للمقرّ له محلّ التأمّل. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ عدم الحكم بثبوته فى ذمّته، لا يكون دليلًا على عدم الثبوت من دون حكم الحاكم و ذلك لأنّ الإقرار ليس أمارة على الثبوت، حتّى يتّخذ دليلًا على الثبوت فى الذمّة و يشهد عليه، بل هو موضوع عقلائى للأخذ بما أقرّ به، ثبت فى ذمّته أو لا. و بالجملة عدم جواز الشهادة لا يكون دليلًا على توقّف سائر الأحكام المذكورة على الحكم.

الثانى: توقّف حكم الحاكم على رضى المقرّ له

إذا أقرّ المقرّ، فهل يتوقّف حكم الحاكم على مسألة المقرّ له كما عليه الشيخ الطوسى، أو لا يتوقّف كما عليه الآخرون؟ قال الشيخ: فإذا ثبت أنّه يلزمه لم يكن

---

(۱) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۲۹.

للحاكم أن يحكم عليه به، إلّا بمسألة المقرّ له، به لأنّ الحكم عليه به، حقّ له فلا يستوفيه إلّا بأمره كنفس الحق. «۱»

و نسبه المحقّق فى المقام إلى «القيل» مشعراً بتمريضه قال: «قيل لا لأنّه حقّ له فلا يستوفى إلّا بمسألته». «۲» مع أنّه ذهب فى مطالبة الجواب عن المدّعى عليه، إلى لزوم مسألة المدّعى كما سبق، و الفرق بين المسألتين غير واضح و الحقّ عدم الحاجة إلى المسألة فى

كلا المقامين و يمكن تقريب ذلك بوجوه:

۱- إنّه مقتضـى إطلاق أدلّة القضاء، فالقاضى بعد رفع الشكوى إليه و حضور المتخاصمين لديه مأمور بفصل الخصومة و رفعها و لزوم السؤال فى كلتا المرحلتين، خلاف الإطلاق.

۲- و لو قلنا بأنّ الإطلاقات غير ناظرة إلى هذه الجهة حتّى يتمسّك بإطلاقها، يصحّ التمسّك بالإطلاق المقامى فإنّ لزوم الاستجازة من المدّعى، ممّا يُغفَل عنه فلو كان واجباً لزم التنبيه عليه و لو بدليل مستقلّ.

۳- إنّ فصل الخصومة و رفع النزاع من حقوق القاضـى كى يطهّر المجتمع من الخلاف و هو مطلوب للشارع فما لم ينصرف المدّعى عن النزاع فهو مأمور بالفصل، و يعـدّ من شئونه، و معه، لا وجه لتعليق الحكم برضـى المدّعى و هذا البيان غير التمسّك بالإطلاق كما فى الوجهين الأوّلين.

۴- و الذى يدلّ على أنّه من حقوق القاضى لا المدّعى، أنّه ربّما يكون التوقّف مزاحماً لحقّ المنكر، كما إذا حلف بطلب من المدّعى، فإيقاف الحكم بعد حلفه على رضـى المدّعى ربّما يزاحم لحقّ المنكر، و ذهاب اليمين بحقّه و هذا و إن كان خارجاً عن محطّ البحث (الإقرار لا الإنكار) لكنّه يصلح مؤيداً للمختار.

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۸.

(۲) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۵۵

الثالث: لو التمس المقرّ له، الكتابة.

إذا كان القضاء ولاية الحكم شـرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشـرعية على أشـخاص معيّنة «۱» يظهر الفرق بين الفتـوى و الحكم فى الشـبهات الحكميـة ففى مسألة ثبوت الشـفعة لأكثر من شـريكين، أو كون الحبوة للولد الأكبر أو لجميع الورثة، أو فى إرث الزوجـة عن الأراضـى و العقار و عدمه، إذا لم يكن نزاع، يفتى المفتى بالحكم الكلى من دون نظر إلى وجود نزاع فى البين و عدمه، و أمّا معه، فهو يطبق الفتوى الكلّى على المورد، بإنشاء حكم جزئى مماثل للحكم الكلّى فى الجوهر و يفارقه فى الكلّيـة و الجزئيـة و إليه يشـير قولهم: «الفتوى بجزئيـات القوانين الشـرعية على أشـخاص معيّنـة» و على ذلك لا ينفكّ القضاء عن الحكم الجزئى هـذا كلّه إذا كانت الشبهة حكمية.

و أمّا إذا كانت الشـبهة موضوعية فحقيقة القضاء فيها عبارة عن موازنة أدلّة الطرفين و تبيين الأقوى منهما، كما يشـير إليه قوله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «إنّمـا أقضـى بينكم بالبيّنـات و الايمـان و بعضـكم ألحن بحجّته من بعض». «۲» و بمـا أنّ الاختلاـف فيها ليس فى الحكم الشـرعى الكلّى، بل فى الموضوع مثلًا فى أنّ المرأة الفلانية زوجة فلان المتوفّى أولا، أو أنّ العين هل هى ملك لزيد أو عمرو، أو أنّ زيداً مديون لشـخص أو لا؟ فجهد القاضـى يكون مركّزاً على تبيين الموضوع، و بتبيّنه، يتبعه الحكم الجزئى القضائى فيحكم لها بالميراث، و بالعين بالردّ، و بالخروج عن عهدة الدين و بهذا تبين أنّ القضاء لا ينفكّ عن الحكم مطلقاً و لولاه لما حصل الفصل.

و لو التمس المقرّ له أن يكتب له بالإقرار فهل يجب عليه أو لا؟ فمقتضـى القاعدة عدم الوجوب، لأنّ الواجب عليه، هو الفصل بإصدار الحكم و قد فعل

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۳۸۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۵۶

نعم لو توقّف استنقاذ حقّه علی الکتابة وجب علیه، إذ لیست الغایة من القضاء مجرّد إنشاء الحکم بل إثبات الحقوق و استیفاؤها للمستحق. نعم له مطالبة الأجر کما له مطالبة قیمة القرطاس و المداد، و ذلک لما مرّ من أنّه یصحّ الجُعل للقضاء إذا لم یکن القاضی مرتزقاً من بیت المال. «۱»

الرابع: فی کیفیة الکتابة.

للکتابة صور: ۱ إذا عرف القاضی المقرّ و المقرّ له باسمهما و نسبهما أو شهد عدلان علیهما، فلا إشکال فی أنّه یکتب المحضر علی النحو الذی عرفهما.

۲- إذا لم یعرفهما إلّا من جهة أنّ أحدهما أقرّ للآخر فقال الشیخ فی النهایة بعدم الجواز. قال: و إذا سأل إنسان لغیره عند الحاکم فسأل المقرّ له الحاکم أن یثبت إقراره عنده لم یجز له ذلک إلّا أن یکون عارفاً للمقرّ بعینه و اسمه و نسبه أو یأتی له بیّنة عادلة علی أنّ الذی أقر هو فلان بن فلان بعینه و اسمه، لأنّه لا بأس أن یکون نفسان قد تواطئا علی انتحال اسم إنسان غائب و اسم أبیه و الانتساب إلی آبائه لیقرّ أحدهما لصاحبه بما لیس له. «۲»

و لکنّه قدّس سرَّه أجاز فی الخلاف، غایة الأمر الوصف یقوم مقام الاسم، و بأنّ الضبط بالحلیة یمنع من استعارة النسب فإنّه لا یکاد یتّفق ذلک، و الذی قاله بعض أصحابنا، یحمل علی أنّه لا یجوز عند ما لا یعرفهما أن یکتب و یقتصر علی ذکر نسبهما فإنّ ذلک یمکن استعارته و لیس فی ذلک نص مستند عن أصحابنا نرجع إلیه «۳» و قد وافق المحقّق، کلام الشیخ فی الخلاف و أجاز الکتابة بالاسم و النسب عند العرفان و بالحلیة و الوصف عند عدمه. «۴»

و أظنّ عدم الخلاف فی جواز الاکتفاء بالحلیة و الوصف أیضاً، و اقتصار جملة

---

(۱) لاحظ ص ۱۵۸۱۴۷ من الکتاب.

(۲) الطوسی، النهایة: ۳۴۲۳۴۱.

(۳) الطوسی، الخلاف: ۳، المسألة ۱۶، ۳۱۴.

(۴) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۵۷

من الأصحاب علی الأوّل لا یقتضی الخلاف فی الثانی، و عبارة الشیخ فی الخلاف حاک عن عدم تجویزهم الکتابة بالاسم و النسب عند عدم العرفان، من غیر نظر إلی جواز الکتابة بالحلیة و عدمها. ثمّ إنّ صریح ابن إدریس موافقة رأی الشیخ فی الخلاف من جواز الکتابة بالاسم و النسب، و الحلیة و الوصف حیث قال: الذی ذکره و ذهب إلیه شیخنا فی مسائل خلافه هو الذی أقول به و أعمل علیه و یقوی فی نفسی.

لکنّه ذکر بعد هذا کلاماً تلقّاه العلّامة فی المختلف «۱» و صاحب الجواهر «۲» اعتراضاً علی الاکتفاء بالحلیة، مع أنّ صریح کلامه قبل ذلک اختیار ما ذکره الشیخ فی الخلاف، فلا بدّ من الإمعان فی العبارة فلاحظ. «۳»

و أظنّ أنّ الموضوع لا یحتاج إلی الإطناب، و لیست المسألة من صمیم الإسلام فالذی یجب علی القاضی رعایة الضوابط الرائجة فی کلّ عصر من کیفیة الکتابة، علی وجه لا یقع ذریعة للباطل.

قال العلّامة: «و التحقيق أنّه لا مشاحّة هنا لأنّ القصد تخصيص الغريم و تمييزه عن غيره و إزالة الاشتباه فإن حصل ذلک بالتحلية جاز». «۴»

الخامس: إذا امتنع المقرّ عن الأداء مع كونه واجداً

إذا أقرّ بالحقّ و امتنع عن الأداء فتحلّ عقوبته على وجه يهيّئه لأداء الواجب من الغلظة فى الكلام، و الحبس تأديباً.

---

(۱) العلّامة، المختلف: كتاب القضاء، ۱۳۹.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۶۳.

(۳) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۲ «أى قوله» و أيضاً هذا مصير إلى أنّ الإنسان أن يعمل و يشهد بما يجد به مكتوباً بخطّه من غير ذكر الشهادة ... الخ.

(۴) العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ۱۳۹.

قال العلّامة: فإن عرف كذبه حبس حتّى يخرج من الحقّ «۱» لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لىّ الواجد يُحِلّ عقوبته و عرضه». «۲» «اللّى» هو التسويف بالوفا، و فى خبر غياث بن إبراهيم عن على عليه السلام أنّه كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى باعه فقسّم بينهم «۳» و فى و رواية عمار «يحبس» مكان يفلس و هو تصحيف و المراد من الالتواء هو التثاقل. و الظاهر أنّ الحبس فى أمثال المقام للتأديب لإيجاد التهيّؤ للقيام بالواجب فلو لم يؤثر يقوم الحاكم بالاداء ببيع ماله كما فى الرواية.

و لا ينافيه ما رواه زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على عليه السلام لا يحبس فى الدين إلّا ثلاثة: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانة فذهب بها، و إن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً». «۴»

و ذلک لأنّ الحديث يحكى فعل الإمام لا قوله، و كم فرق بين حصر فعله فى الثلاثة، و حصر قوله فيها؟ و الأوّل لا يفيد الحصر فى الحكم الشرعى و لعلّ دائرته أوسع من الثلاثة لكن المصلحة آنذاک اقتضت أن لا يحبس غير الثلاثة و هو لا يدلّ على عدم الجواز فى غيرها.

ثمّ إنّ الشيخ الطوسى حاول الجمع بوجهين تبرعيين ذكرهما الشيخ الحرّ فى الوسائل «۵» و ربّما يحاول فى إدخال الغريم الواجد المتثاقل، تحت عنوان الغاصب، أو من ائتمن على أمانة ... و هو كما ترى.

---

(۱) العلّامة الحلى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۲، قسم المتن.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب القرض، الحديث ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب الحجر، الحديث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

(۵) المصدر نفسه.

السادس: إذا ثبت إعسار المقرّ فهل يُنظر أو يسلّم إلى الغرماء أو ...؟

إذا ادّعى الإعسار كشف عن حاله فإن استبان فقره ففيه أقوال:

۱- الإنظار إلى ميسرة.

۲- التسليم إلى الغرماء ليستعملوه أو يؤاجروه، ذكره الشيخ فى النهاية بصورة الرواية.

۳- إذا لم يكن ذا حرفة خُلّى سبيله و إن كان ذا حرفة دفعه الحاكم إلى الغريم ليستعمله فما فضُل عن قوته و قوت عياله بالمعروف، أخذ بحقّه و هو خيرة ابن حمزة فى قضاء الوسيلة.

۴- يخلّى سبيله و لكن إن كان ذا حرفة يجب عليه الكسب لأداء الدين بعد إخراج المؤنة و هو خيرته فى كتاب الدين.

أمّا القول الأوّل: فهو المشهور بين الفقهاء تبعاً للذكر الحكيم: (وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ). (البقرة/ ۲۸۰)

قال المفيد: فإن ظهر بعد حبسه إيّاه أنّه معدم فقير خُلّى سبيله و أمره أن يتمحّل حقّ خصمه و يسعى فى الخروج ممّا عليه. «۱»

۱- قال ابن إدريس: فإن ذكر إعساراً، كشف عن حاله، فإن كان على ما قال، أُنظر و لم يُحبَس، و إن لم يكن كذلك، الزم الخروج إلى خصمه من حقّه. «۲»

۲- و قال المحقّق: و لو ادّعى الإعسار كشف عن حاله فإن استبان فقره، أنظره. و فى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤجروه روايتان أشهرهما الإنظار. «۳»

---

(۱) المفيد، المقنعة: ۷۲۳.

(۲) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۰.

(۳) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۶۰

۳- و قال العلّامة: فإن ادّعى الإعسار و عُرف صدقه بالبيّنة أو اعترف خصمه أُنظِرَ حتّى يوسِّع الله تعالى عليه. «۱»

۴- و قال الشهيد: فإن ثبت إعساره فهل يخلّى سبيله أو يسلّم إلى الغرماء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأوّل لقوله سبحانه: (وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ). «۲»

۵- و قال الأردبيلى: فالمشهور بين الأصحاب انّه يُنظر و يخلّى سبيله حتّى يوسّع الله عليه و يقدر على أداء الحقّ أو بعضه فيؤخذ بقدر ما يقدر لقوله تعالى: (وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ). «۳»

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة و يدلّ عليه بعد الذكر الحكيم كما عرفت ما رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبيّن له حاجة و إفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالًا. «۴»

و ما رواه السكونى عن على عليه السلام إن امرأة استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال: إنّ مع العسر يسراً. ۵

أمّا القول الثانى: فقد نسب إلى الشيخ فى النهاية لكن كلامه فى باب الدين موافق للقول الأوّل، نعم ذكره فى باب القضاء فقد ذكر فى آخره أخباراً و منها الخبر الدالّ على التسليم و لم يظهر إفتاؤه به قال فى كتاب الدين: فإن حبسه ثمّ ظهر له بعد ذلك إعساره، وجبت تخليته ۶ نعم روى فى كتاب القضايا و الأحكام عن السكونى عن جعفر عن أبيه انّ عليّاً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثمّ ينظر فإن كان له

---

(۱) العلّامة، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۸.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۱ و قد خصّ صاحب الوسائل، باباً فى كتاب الدين للأنظار فلاحظ: الجزء ۱۳، الباب ۲۵ من أبواب الدين.

(۴) ۴- ۵ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۱ و ۲.

(۵) ۶ الطوسى، النهاية، كتاب الدين: ۳۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۱

مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا ما شئتم. إن شئتم، ف آجروه و إن شئتم استعملوه «۱» ذكره فى باب أسماه «باب جامع فى القضايا و الأحكام» و هو ليس دليلًا على الإفتاء به و حمله فى الوسائل على من يعتاد إجارة نفسه و العمل بيده.

و لا يخفى أنّ الرواية مخالفة للذكر الحكيم، من الأمر بالإنظار و ما استفاض به الأخبار فى كتاب الدين. «۲» و خصوص ما رويناه عن غياث بن إبراهيم عن علىّ عليه السلام كما عرفت، مضافاً إلى بعده عن روح الإسلام من تسليط الدائن على الغريم ليستعمله.

قال المحقّق الأردبيلى: و أنت تعلم أنّه لا يمكن فى مثل هذه المسألة العمل بمثل هذه الرواية المخالفة للعقل فإن حبس شخص قبل موجبه غير معقول، و أنّ تسليط شخص على آخر أىّ شىء شاء يفعل به مع عجزه مما يأباه العقل و النقل من عموم القرآن و خصوص (فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ) و الحديث، و خصوص الرواية المتقدّمة و الشهرة. «۳»

أمّا القول الثالث: فهو خيرة ابن حمزة قال: فإذا ثبت إعساره خلّى سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب بها، و أمره بالتمحّل (الصبر)، و إن كان ذا حرفة دفعه إليه ليستعمله ممّا فضل عن قوته أو قوت عياله بالمعروف أخذ بحقّه «۴» و هو فى الحقيقة أخذ ببعض مضمون الحديث، فَطَرحَ مؤاجرته و اكتفى باستعماله و خصّ به لمن له حرفة، لا مطلق المعسر.

---

(۱) الطوسى، النهاية، كتاب الوصايا: ۳۵۲ و لاحظ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۵ من أبواب الدين.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۳ و مقصوده من الرواية المتقدّمة رواية غياث بن إبراهيم و لا يخفى أنّ الحبس قبل ثبوت موجبه (اليسار) جائز لأنّه ليس تأديبياً بل استظهاراً للواقع إذ فى تخلية سبيله ضرر مظنون كما لا يخفى، و قد مضى الكلام فيه.

(۴) ابن حمزة، الوسيلة، كتاب القضاء: ۲۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۲

أمّا القول الرابع: فهو أيضاً خيرة ابن حمزة فى كتاب الدين قال: و إن كان المستدين معسراً صبر على من له الدين حتّى يجد، فإن كان مكتسباً أمر بالاكتساب و الانفاق بالمعروف على نفسه و عياله و صرف الفاضل فى وجه دينه و إن كان غير مكتسب خلّى سبيله حتّى يجب. «۱» و هذا القول غير القول الثالث كما لا يخفى و قد زعم العلّامة وحدة القولين فذكر ما يؤيّد القول الرابع لا الثالث الذى هو المشهور عن ابن حمزة، قال: و ما قاله ابن حمزة ليس بعيداً عن الصواب لأنّه متمكّن من أداء ما وجب عليه و إيفاء صاحب الدين فيجب (الكسب) عليه كما يجب عليه السعى فى المئونة و لأنّه مع تمكّنه من الكسب لا يكون معسراً لأنّ اليسار كما يتحقّق بالقدرة على المال، يتحقّق بالقدرة على تحصيله و لهذا منع القادر على الكسب من أخذ الزّكاة. «۲»

و لأجل وجود قولين لابن حمزة اعترض المحقّق الأردبيلى على العلّامة بأنّ ما ذكره لا يؤيّد مذهب ابن حمزة من تسليم المدين إلى الغريم ليستعمله، فيمكن كون ذلك كناية عن وجوب الكسب إذا كان ذا كسب و حرفة يقدر معها من تحصيل ما يصرفه فى الدين و

لكن لا ـ يكون مفوّتاً لما يجب عليه و لا يكون شاقّاً لا يُتحمّل مثله عادة فيكون الكسب لتحصيله واجباً كما إذا كان عنده عروض من غير جنس ما يجب عليه، يجب عليه أن يبيع و يحِل ما هو من جنس ما عليه على أىّ وجه كان فيأمره الحاكم بذلك. «۳»

الظاهر أنّ القول الرابع هو الحقّ فإنّه إذا كان ذا حرفة لائقة بشأنه آنذاك وجب عليه التكسّب، و تعليق أداء الدين على حصول اليسار، مخالف لإطلاق الأدلّة غاية الأمر خرج العاجز موضوعاً. و إن شئت قلت: إنّ العرف يرى الطبيب

---

(۱) ابن حمزة، الوسيلة، كتاب الدين: ۲۷۴.

(۲) العلّامة الحلّى، المختلف، كتاب القضاء، الفصل السادس فى توابعه: ۱۵۹.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۴.

و أمثاله قادراً على أداء الدين فيجب عليه.

نعم لا يجب عليه ما هو خارج عن شأنه كالاحتشاش و الاصطياد و الاغتنام و التلصّص فى دار الحرب و قتل الأبطال و سلب ثيابهم و سلاحهم، كما لا ـ تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر، و لا ـ يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه «۱» لأنّ الواجب أداء الدين و هو منصرف إلى الصورة اللائقة بحال الرجل لا الخارج عنه.

و الحاصل أنّ ما ذهب إليه ابن حمزة فى كتاب الدين هو الأقوى و أمّا حمل الحديث عليه، فهو بعيد عن ظاهره و لأجل ذلك يقول فى الجواهر: «فإنّ ذلك (قول ابن حمزة) لا يفيد إلّا وجوب التكسّب عليه و هو غير دفعه إليهم و جعلهم أولياء إن شاءوا استعملوه و إن شاءوا آجروه». «۲»

السابع: فى حبس مدّعى الإعسار حتّى يتبيّن حاله

إذا ادّعى الإعسار و لم يصدّقه الخصم فهل يجوز حبسه حتّى يتبيّن الحال أو لا؟ فيه أقوال:

۱- الحبس حتّى تتبيّن حاله و هو الظاهر من المفيد و أبى الصلاح.

۲- التفصيل بين ما كان له أصل مال فيُحبس حتّى يثبت الإعسار و ما لم يكن لذلك قبلت دعواه و لا يكلّف البيّنة و للغرماء مطالبته باليمين و هو خيرة المحقّق فى كتاب الحجر و المقام. «۳»

---

(۱) الطوسى، المبسوط، كما فى مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۴.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۶۶ و العجب أنّ صاحب المسالك عند تحرير المقام لم تحضره الرواية، و أعجب منه ما احتمله الفاضل الآبى فى كشف الرموز، (ج ۲/ ۴۴۹) أنّ مستند هذا الحكم وراء رواية السكونى رواية زرارة عن أبى جعفر التى رواها فى الوسائل فى الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب كيفيّة الحكم، مع أنّه لا صلة لها بهذا الحكم.

(۳) سيأتى مصدره.

۳ لا يُحلَّف مدّعى الإعسار، و إن كان بعد اليسار و يخلّى سبيله و لا يتوقّف على إقامة البيّنة، و هو خيرة الأردبيلى. «۱»

قال أبو الصلاح: و إن ادّعى المقرّ أو المشهود عليه إعساراً يعلمه الحاكم أو تقوم به بيّنة فى الحال لم يحبسه و لكن يقرّر عليه ما يفضل من تكسّبه عن قوته و عياله لغريمه و إن لم يعلم ذلك من حاله و لا قامت به البيّنة حبسه و كشف عن أمره. «۲»

و قال المفيد: «و إن لم يعلم بصحّة دعواه في الإعسار كان له حبسه». «۳»

و قال المحقّق: و هل يحبس حتى تتبيّن حاله فيه تفصيل ذكر في باب الفلس و قال فيه: لو لم يكن له مال ظاهر و ادّعى الإعسار فإن وجد البيّنة قضى الحاكم بها و إن عدمها و كان له أصل مال أو كان

أصل الدعوى مالًا حُبس حتّى يثبت إعساره، فإن لم يعلم أصل مال (و لا كانت الدعوى الثابتة عليه مالًا) و ادّعى الإعسار قبلت دعواه و لا يكلّف بالبيّنة و للغرماء مطالبته باليمين. «۴»

و قال العلّامة في القواعد: و إن اشتبه فإن عرف ذا مال أو كان أصل الدعوى مالًا حبس حتى يثبت إعساره، و إلّا حلف على الفقر فإن نكل حلف المدّعى على القدرة و حُبس. «۵»

و قال في الإرشاد: فإن ادّعى الإعسار و عُرِف صدقُه بالبيّنة أو اعترف خصمه أُنظر حتى يوسّع الله تعالى عليه، و إلّا طولب بالبيّنة إن كان له مال ظاهر أو كان أصل الدعوى مالًا، و إلّا حلف. «۶»

و قال الشهيد: فإن ادّعى الإعسار فإن كان له أصل مال قبل ذلك أو كان

---

(۱) سيأتي كلامه أثناء القول الثاني.

(۲) أبو الصلاح، الكافي، كتاب القضاء: ۴۴۷.

(۳) المفيد، المقنعة، كما في مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۵.

(۴) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ۲/ ۲۵۰.

(۵) العاملي، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۴، قسم المتن.

(۶) العلّامة، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۶۵

أصل الدعوى مالًا كلّف البيّنة على تلفه فإن لم يقمها حبس حتّى تبيّن إعساره و لو لم يعرف له أصل مال و لا كانت الدعوى مالًا بل كانت جناية أو صداقاً أو نفقة قريب، قبل قوله: بيمينه. «۱»

و قبل الخوض في أدلّة الأقوال نذكر مقتضى القاعدة:

هل المتفاهم من الأدلّة أنّ الإعسار شرط الإنظار أو أنّ المتفاهم منها أنّ اليسار شرط جواز الإجبار و الحبس؟

فإن قلنا بالأوّل، فما لم يحرز الشرط و لم يتبيّن كونه معسراً، لا يجب إنظاره، فتكون النتيجة جواز إجباره و حبسه.

و إن قلنا بأنّ اليسار شرط الإجبار و الحبس، فما لم يتبيّن كونه موسراً، لا يجوز التغليظ عليه و تكون النتيجة هو وجوب الإنظار و عدم جواز الحبس.

يدلّ على الأول، ظاهر قوله سبحانه: (وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ) حيث علّق الإنظار على الإعسار، و روى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال النبي صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: كما لا يحلّ لغريمك أن يمطلك و هو مؤسر فكذلك لا يحلّ لك أن تعسره، إذا علمت أنّه معسر «۲»، فدلّ على أنّ الإعسار شرط لعدم حل التعسر و هو يلازم عدم وجوب الانظار ما لم يحرز الشرط.

و يدلّ على الثاني، قوله: ليّ الواجد يحلّ عرضه و عقوبته ۳، حيث علّق العقوبة على كونه واجداً و موسراً و الظاهر أنّ الأدلّة ليست ناظرة إلى هذه الجهة و أنّ الإذعان بأحد الأمرين مشكل، فتصل النوبة إلى الأُصول و سيوافيك أنّ الصور ستّة لأنّ الحالة السابقة إمّا أن تكون الإيسار، أو الإعسار، أو مجهولة أو على كلّ تقدير إمّا أن يقيم المدّعى البيّنة على الإيسار أو لا.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب الدين، القرض، الحديث ۵ و ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۶۶

و إليك أدلّة الأقوال:

أمّا القول الأوّل أى الحبس مطلقاً حتّى يثبت الإعسار فيـدلّ عليه خبر غياث بن إبراهيم عن على عليه السـلام أنّه كان يحبس فى الدين فإذا تبيّن حاجة و إفلاس خلّى سبيله حتّى يستفيد مالًا. «۱»

يلاحـظ عليه: أنّه لاـ ينافى تفصـيل المحقّق، لأنّ الظاهر من الـدين هو المال المقترض، أو ثمن الجنس المشترى لا مثل مهر الزوجـة أو أرش الجنايـة، و بما أنّه نقل فعل لا يمكن الأخـذ بإطلاقه حتّى يعمّ جميع الصور و عندئـذ ينطبق على القسم الأوّل المـذكور فى كلام المحقّق من كون أصل الدعوى مالًا و الاستصـحاب يقتضى بقاءه، و ادّعاء الإعسار يخالفه فعليه البيّنة و إلّا يحلف المنكر أى الدائن إلّا إذا تبيّن الإعسار.

و أمّا القول الثانى ففيه شقوق:

۱- إذا ادّعى الإعسار و لم يكن له مال ظاهر، و أقام البيّنة قضى بها الحاكم، مطلقاً من غير فرق بين كون الحالة السابقة هى الإعسار أو اليسار أو كانت مجهولة. فيكون حكم الجميع واحداً.

۲- إذا ادّعى الإعسار و لم يكن له مال ظاهر و لم يقم بيّنة فهنا صور ثلاث:

أ: إمّا أن تكون الحالة السابقة، اليسار.

ب: أو تكون الحالة السابقة الإعسار.

ج: أو تكون الحالة السابقة مجهولة.

أمّا الصورة الأولى كمـا إذا كـان له أصـل مال معهود سابقاً أو كان أصل الـدعوى مالًا كالقرض و نحوه، حُبسَ حتّى يثبت إعساره و ذلك لأصالة بقاء المال و لو قيل بكونها أصلًا مثبتاً بالنسبة إلى اليسار، أستصحب نفس وصف اليسار

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۶۷

حتّى يثبت الاعسـار فعلى المـدين إقامـة البيّنـة على عروض الإعسـار و إلّا حلف المنكر و حكم عليه بأداء الـدين فإن أدّى و إلّا حبس حتى تتبيّن حاله فإن تبيّن يساره، أمر بالأداء، و إلّا قام الحاكم مكانه و إن تبيّن عروض الإعسار خلّى سبيله.

و الحاصل أنّ مـدّعى عروض العسـر بعـد اليسـر، يكون مدّعياً، و القول قوله مخالفه و هو بقاء اليسار بيمينه فعلى الأوّل إقامة البيّنة و إلّا يحلف الثانى.

و استشكل فيه المحقّق الأردبيلى «۱» بأنّه لا يخلو عن شـىء و قال: إذ قد لا يكون له بيّنة و يكون معسـراً و المال تالفاً و لم يكن ظالماً حتى يحـلّ عرضه و عقوبته عاجلـة من غير ظهور وجههـا و مجرّد وجود مـال عنـده لا يسـتلزم بقاءه حتّى يحبس لإعطائه فالحبس بعيد خصوصاً إذا كان ظاهر حاله إتلافه مثل أن يسـتقرض ليُخرِجه فى مئونته مع حاجته أو وجـد عنده و لكن يحتاج فى كلّ يوم إلى نفقة، فالظـاهر من حـاله أنّه أخرجه و من أنّى يـأتى بالبيّنـة حين إخراج كـلّ درهم درهم فيمكن عـدم الحبس بل الإحلاف على عـدم بقائه عنده، فتأمّل، و يخلّى سبيله إلى ميسرة. «۲»

يلاحـظ عليه: أنّ ما ذكره مجرّد احتمال لا يقاوم الحجّـ ة و هو الاستصـحاب، و إلّا لزم الامتناع عن القضاء فى أكثر الموارد لأجل هـذه الاحتمالات، نعم لو كان ظاهر حاله إتلافه كما فى الاسـتقراض لأجل الصرف فى المؤنة فهو خارج عن مصبّ الكلام بل يجب عندئذ

إقامـة البيّنـة على مـدّعى البقـاء لمـا سـيوافيك. من أنّ المـدّعى و المنكر من المفـاهيم العرفيـة، فعلى مـدّعى البقـاء مع الاـعتراف بـأنّه اسـتقرض للصرف فى المؤنة، إقامة البيّنة نعم للعلّامة فى المقام كلام قيّم قال: «و مع ذلك، فليس للحاكم حبسه و الغفلة عنه بالكلّية، و لو كان غريباً لا يتمكّن من إقامـة البيّنـة وكّل القاضـى من يبحث عن منشـئه و منتقله، و تفحّص عن أحواله بقـدر الطاقة فإذا غلب على ظنّه إفلاسه شهد به عند القاضى لئلا تتخلّد عليه

---

(۱) بيان للقول الثالث الذى نوّهنا به فى صدر البحث.

(۲) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۸

عقوبة السجن. «۱»

أمّا الصورة الثانيـة أعنى: إذا لم يكن له مال ظاهر و كانت الحالـة السابقـة هى الإعسار، كما إذا طلب الزوجة مهرها، ففى هذه الصورة، البيّنـة لمن يـدّعى اليسـار و التمكّن و إلّـا يحلف مـدّعى الإعسار، و إن ردّ اليمين على مـدّعى اليسار و حلف حكم على المـدين بأداء الدين فإن أدّى و إلّا حبس حتّى تتبيّن حاله فإن تبيّن يساره أمره الحاكم بالأداء و إلّا يقوم عنه بالأداء و إن تبيّن إعساره خلّى سبيله.

أمّا الصورة الثالثـة أعنى: إذا جهلت الحالـة السابقة، فهل مدّعى اليسار و القدرة يقيم البيّنة و إلّا يحلف الآخر، أو أنّ الأصل فى الأموال جواز المطالبة و التضييق عند العقلاء حتّى يثبت الخلاف و عليه عملهم؟ و لعلّ الثانى هو الأقوى و يؤيّده ما حكى من عمل الإمام على عليه السلام من الحبس من غير فصل بين الحالات.

و أمّا القول الثالث و هو خيرة المحقّق الأردبيلى فقد علم وجهه ممّا نقلناه عنه استشكالًا على المحقّق فلاحظ.

نعم لا يحبس الوالـد و لا الوالـدة للولـد لمنافاة الحبس للمصاحبـة بالمعروف كما قال سـبحانه: (وَ صٰاحِبْهُمٰا فِي الدُّنْيٰا مَعْرُوفاً) (لقمان/ ۱۵).

و يـدلّ عليه خبر الحسـين بن أبى العلاء قال: قلت لأبى عبـد الله: ما يحلّ للرجل من مال ولـده؟ قال عليه السـلام: «قوته بغير سـرف إذا اضـطرّ إليه» قال: فقلت له: فقول رسول الله صـلَّى الله عليه و آله و سـلَّم للرجل الـذى أتاه فقـدم أباه فقال له: أنت و مالك لأبيك فقال عليه السـلام: «إنّما جاء بأبيه إلى النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم فقال: يا رسول الله: هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى عن أُمى فأخبره الأب أنّه قـد أنفقه عليه و على نفسه و قـال صلَّى الله عليه و آله و سـلَّم أنت و مالك لأبيك و لم يكن عنـد الرجل شـيء أو كان رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم يحبس الأب للابن» و يؤيّده سائر

---

(۱) العلّامة الحلّى، التذكرة، كتاب الحجر: ۲/ ۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۹

الأخبار الدالّة على أنّ الولد و ماله لأبيه. «۱»

قال فى القواعد: و يجوز الحبس فى دين الولد. «۲»

و قال المحقّق الثانى: فى روايـة الحسـين بن أبى العلاء عن الصادق عليه السـلام ما يدلّ على عدم الجواز، و إن كان فى الحسـين قول، لكن ظاهر قوله عليه السـلام: «أنت و مالك لأبيك» و مؤكّـدات القرآن فى حقّ الوالـدين مؤيـدة لهـذا الرواية، و القول بعدم الجواز لا يخلو من قوّة، و اختاره فى التذكرة. «۳»

و منه يعرف حال المريض، إذا كان الحبس ضررياً أو حرجياً عليه فينظر حتى يبرأ.

هـذا كلّه حول الإجابـة بالإقـرار، بقى الكلاـم فى الإجابـة بالإنكار و السـكوت أو ب «لا أدرى» و إليك البحث عن الجميع واحـداً تلو

الآخر.

الفصل الثانی فی الإنكار

و يقع الكلام في جهات ثلاث:

اشارة

قد تقدّم أنّ المدّعی علیه إمّا أن یقرّ أو ینکر أو یسکت فقد فرغنا من البحث فی الأوّل فیقع الکلام فی الإنکار.

ثمّ المنکر إمّا أن یحلف أو یردّ الحلف علی المدّعی أو ینکل فالکلام یقع فی جهات ثلاث:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۷۸، من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۸ و رواه الکلینی و الصدوق و الشیخ.

(۲) الإیضاح: ۲/ ۷۹ و جامع المقاصد: ۵/ ۳۰۲.

(۳) التذکرة: ۲/ ۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۰

الجهة الأولى: إذا حلف المنكر

اشارة

و هنا مسائل:

۱- تعریف القاضی للمدّعی بأنّ له أحد الأمرین: إقامة البیّنة أو إحلاف المنکر، جوازاً أو وجوباً.

۲- فی إحلاف المنکر قبل رضا المدّعی.

۳- فی توقّف إحلاف المنکر علی إذن الحاکم و عدمه.

۴- ما یترتّب علی حلف المنکر من الآثار: عدم جواز تجدید الدعوی، حرمة التقاص من ماله أو استنقاذ عینه، و حرمة مطالبة إعادة المحاکمة، لا أثر لإقامة البیّنة، أو إقامة شاهد مع الیمین.

۵- براءة المنکر متوقّفة علی حکم الحاکم أو لا؟

۶- إذا اکذب نفسه و أقرّ بالحقّ بعد الحلف.

المسألة الأُولى: هل يجب على القاضي تعريف المدّعي بأحد الأمرين:

إقامة البیّنة أو الإحلاف عند عدمها أو لا یجب؟ لا شکّ فی جوازه و لیس من قبیل تلقین الحجّة للخصم المحرّم، و إنّما هو إرشاد، لما أعطاه الشارع من الحق او بیان للحکم الشرعی فی المورد، و قال: البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه. «۱» إنّما الکلام فی وجوبه إذا لم یکن المدّعی واقفاً بالحکم أو کان واقفاً لکن یحتمل أنّه لیس له إحضارها إلّا إذا طلبها الحاکم منه. و الوجوب لا یخلو من قوّة لأنّه مأمور بالفصل و لا یتمّ إلّا بتعلیمه الحکم. قال السید الطباطبائی: إذا أجاب بالإنکار وجب علی الحاکم إذا لم یعلم المدّعی أنّ علیه البیّنة أن یعرّفه بذلک ثمّ یقول: أ لک

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

بيّنة فإن لم تكن عنده وجب عليه أن يقول له، لك حقّ الحلف إذا لم يعلم ذلك. «۱»

المسألة الثانية: فى إحلاف المدّعى عليه قبل إذن المدّعى

إذا رضى المدّعى، بحلف المنكر فلا شكّ فى نفوذ حلفه و ترتّب الآثار عليه إنّما الكلام إذا أحلفه القاضى من دون سؤاله و استحصال رضاه فهل ينفذ أو لا؟ اختار الثانى، الشهيد فى المسالك «۲» و نسب إلى الفاضل فى كشف اللثام و هو صريح السيّد على فى الرياض «۳»، و استدل الشهيد ما هذا حاصله: وجود الفرق بين تعريف المدّعى بأحد الأمرين، و إحلاف المنكر من دون استحصال رضاه فإنّ التعريف لا يضرّه بل ينفعه، بخلاف تحليف المنكر من دون سؤاله فانّه يضرّ لأنّه يسقط الدعوى و تذهب اليمين بحقّه، و قد يتعلّق غرض المدّعى ببقائها إلى وقت آخر لعلّه يتوفق لإقامة البيّنة أو يتحرى وقتاً صالحاً لئلا يتجرّى المنكر على الحلف إلى غير ذلك من الأُمور.

و قال السيّد العاملى هذا موضع وفاق بين الأصحاب بل عند العامة أيضاً لأنّه حقّ للمدّعى و مسقط لدعواه و قد لا يريد الإحلاف فى الحال ليتذكّر بيّنة أو يعود الخصم إلى الإقرار. «۴»

و قال السيّد الطباطبائى: لا يجوز للحاكم أن يحلِّفه من دون سؤاله المدّعى، و كذا لا يجوز تبرّع المنكر به قبل سؤاله بلا خلاف بل بالإجماع الظاهر لأنّه حقّه فيتوقّف على مطالبته و ربّما تعلّق غرضه بأن لا يُحلِّفه توقعاً لوجود شهود أو ارتداع المنكر عن إنكاره أو طىّ الدعوى بالصلح أو نحو ذلك. «۵»

أقول: قد مرّ نظير المسألة و هو أنّه إذا طرح المدّعى الدعوى، فهل طلب

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۵۹.

(۲) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۸.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۱۷۰.

(۴) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۵۷.

(۵) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۵۹.

الجواب من المدّعى عليه، مشروط بإذن المدّعى أو لا؟ و أيضاً إذا أنهى الحاكم المخاصمة و تبيّن له الحقّ، فهل الحكم مشروط بإذن المدّعى أو لا؟ و قد عرفت انّ الحقّ عدم الاشتراط و أمّا المقام فالحقّ عدم الاشتراط لضعف ما استدلّ به.

أوّلًا: أنّ المقام من باب خلط الحكم بالحقّ فليس اليمين مثل إقامة البيّنة من الحقوق بل من باب الحكم الشرعى و أنّهما من أدوات القضاء، كيف و قد فسّر الحقّ بجعل السلطنة من الشارع للشخص بحيث يوجد الجعل سلطة له و ليس المقام كذلك.

ثانياً: سلّمنا أنّه من باب الحقّ، لكنّه حقّ له على المنكر، لا على القاضى فليس معناه تقييد إطلاقات أدلّة القضاء و فصل الخصومة به بل معناه أنّ للمدّعى إعماله و إسقاطه. و أمّا أنّ له إيقاف أمر القضاء و تأخيره إلى وقت آخر، فلا يستفاد منه بل غايته أنّه لو أحلف، يقضى به، و إن أسقط، يحكم على المنكر بالبراءة و تكون الدعوى مختومة، و لكن ليس له وراء ذلك أمر ثالث و هو إيقاف المخاصمة و تأخيرها إلى وقت آخر للغايات المذكورة فى كلامهم، لأنّها أغراض شخصية لا يكون سبباً لتقييد إطلاقات الأدلّة.

و الحاصل أنّ ما ذكر فى المسالك و غيرها لا يخرج عن كونه حقّاً للمدّعى على المدّعى عليه، و أمّا أنّ حكم القاضى مقيّد بإذن

المدّعى فلا يستفاد منه. فالأقوى لو لا الإجماع المدّعى، و ما سيوافيك من الروايات، عدم توقّف إحلاف القاضى بإذن المدّعى.

نعم هناك روايات ربّما يستظهر منها اشتراط الإحلاف بإذن المدّعى و هى ثلاث:

۱- موثقة «۱» ابن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب

---

(۱) لوجود ابن فضال فى السند، و المراد من على بن عقبة، فيه هو على بن عقبة بن خالد الأسدى الثقة، و هو يروى عن موسى بن اكيل النميرى الثقة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۳

الحقّ بيمين المنكر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدعى فلا دعوى له». «۱»

۲- خبر خضر النخعى عن أبى عبد الله عليه السلام و فيه: ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه. «۲» فظاهر الفعل (استحلفه) هو قيامه بالإحلاف عن اختيار.

۳- خبر عبد الله بن وضّاح و قد جاء فيها: «و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك و لكنّك رضيت بيمينه. و قد ذهبت اليمين بما فيها». ۳

وجه الاستدلال بالروايات الثلاث هو أنّه إذا كان ذهاب الحقّ باليمين مشروطاً برضى المدّعى، باليمين فيدلّ بالدلالة الالتزامية على اشتراط إحلاف القاضى أيضاً برضاه. إذ لو لم يكن إحلافه مشروطاً، برضا المدّعى، كانت شرطية رضاه بحلف المنكر أمراً لغواً، لأنّ القاضى يحلّفه، و هو يذهب بحقّ المدّعى و إن لم يكن راضياً بيمينه هذا غاية توضيح للاستدلال بالروايات الثلاث.

و مع هذا ففى دلالة الروايات على القول المشهور إشكال فإنّ كون الحلف واقعاً عن رضاه يتصوّر على وجهين:

۱- تصريحه بأنّه راض بحلف المنكر.

۲- استدعاؤه من القاضى أن يحكم بينهما بالحقّ و الشرع و يُنهى الخصومة، فمعنى ذلك أنّه راض بكلّ ما يقوم به طبق الضوابط الدينية أو العرفية من الأمر له بإقامة البيّنة و للآخر بالحلف، و الرضا بالكلّ رضاً بالجزء و هو الحلف و لا يتوقّف على رضاً آخر، فالحضور عنده كاف فيما هو المعتبر فى الرضا.

و بالجملة: نحن نقول باشتراط الإحلاف بالرضا، لكن ليس المقصود منه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸ الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱- ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۴

شيئاً سوى الحضور لدى القاضى و طلب المحاكمة منه.

المسألة الثالثة: فى توقّف إحلاف المنكر على إذن الحاكم

الإحلاف المؤثّر الذى تترتّب عليه آثار القضاء مشروط بإذن المدّعى و الحاكم، و قد مرّ الكلام فى الأوّل و إليك البحث فى الثانى:

۱- قال ابن إدريس «و متى بدأ الخصم باليمين، من غير أن يُحلِّفه الحاكم، لم يبرّه ذلك من الدعوى و كان متكلّفاً». «۱»

۲- قال المحقّق: لو تبرّع هو (المدّعى) أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين و أعادها الحاكم إن التمس المدّعى. «۲» و المقصود من تبرّع المدّعى إحلافه المنكر بلا إذن صادر من الحاكم.

۳- و قال العلّامة فى القواعد: و كذا الحالف لا يبتدى باليمين من غير أن يُحلِّفه الحاكم فلو تبرّع الحالف أو الحاكم باليمين وقعت

لاغیة و لم یعتدّ بها و یعیدها الحاکم بعد سؤاله و کذا لو حلّفه من غیر حاکم. «۳»

۴- و قال فی الجواهر: نعم ذکر الشهیدان و غیرهما من غیر خلاف أجده فیه أیضاً بل فی مجمع البرهان نسبته إلی الأصحاب، أنّه لا یستقلّ الغریم بالیمین من دون الحاکم و إن کان حقّاً لغیره لأنّه وظیفته. «۴»

۵- و قال السیّد الطباطبائی: و کذا لا یعتدّ بإحلاف المدّعی من دون إذن الحاکم بلا خلاف لأصالة عدم ترتّب الأثر. و لأنّه المعهود المنصرف إلیه الأخبار، و للأخبار المشتملة علی قوله: «أضفهم إلی اسمی» کخبر محمد بن قیس أنّ نبیّاً من الأنبیاء شکا إلی ربّه کیف أقضی بأُمور لم أخبر ببیانها؟ قال: فقال له: «رُدّهم إلیَّ

(۱) ابن ادریس، السرائر: ۲/ ۱۶۰.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۴.

(۳) مفتاح الکرامة، قسم المتن: ۱۰/ ۷۵.

(۴) الجواهر ۴۰/ ۱۷۱.

و أضفهم إلی اسمی یحلفون به» و نحوه مرسلة أبان، و صحیحة سلیمان بن خالد. و الحاصل أنّه یمکن أن یستظهر من الأخبار «۱»، أنّ ذلک من وظائف الحاکم و مع قطع النظر عن ذلک ففی الإجماع و الأصل کفایة. «۲»

یلاحظ علیه ما استدلّ به من الروایتین «۳» لا دلالة لهما علی الشرطیة و إنّما وردتا فی مورد إحلاف القاضی، و لا یدلّان علی لغویة إحلاف ذی الحقّ من دون إذن القاضی کما هو المطلوب و أمّا کونه منصرف الروایات أو الأصل عدم ترتّب الأثر إنّما یصحّ لو لم یکن هناک إطلاق فی روایات الإحلاف، فإنّ إطلاق قوله: «إذا رضی صاحب الحقّ بیمین المنکر ... ذهبت الیمین بحقّ المدعی» أو قوله: «من حلف لکم فصدِّقوه». ۴ یعمّ کلتا الحالتین. و لأجل ما ذکر قال فی الجواهر إنّ إقامة الدلیل علیه إن لم یکن إجماع فی غایة الصعوبة بل لعلّ ظاهر الأدلّة الآتیة خصوصاً خبر الیهودی المشتمل علی تحلیف الوالی المعلوم کونه لیس من أهل الحکومة، خلافه.

و الأحوط لو لم یکن الأقوی سقوط حقّه إذا أحلفه فی غیر حضرة الحاکم، نعم لا یترتّب علیه أثر الحکم لعدمه بالفرض لو افترضنا أنّ له أثراً فی المقام من حرمة النقض و غیرها.

و العجب أنّ السیّد اختار ما نقلناه عنه فی المسألة الثانیة من الفصل الرابع من کتابه و لکنّه فی نفس الفصل فی المسألة السادسة بعد استظهار اختصاص الحلف المسقط للحق بما إذا کان باستحلاف الحاکم فی المرافعة قال: ما نصّه: «و إن کانت الأخبار مطلقة و الأحوط التعمیم بل یستفاد من خبر عبد الله ابن وضّاح المتقدّم عدم اعتبار کون الحلف عند الحاکم الشرعی لکونه عند

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

(۲) السید الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۶۰.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲۱.

الوالی. «۱»

المسألة الرابعة: فی ما یترتّب علی الحلف:

اشارة

إذا أحلف المنكر يترتّب عليه أمور:

۱- سقوط الدعوى.

۲- لو ظفر بمال الغريم لم تحلّ له المقاصة.

۳- و لو أعاد المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

۴- و لو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع.

۵- و لو أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين لم تسمع.

و إليك دراسة هذه الآثار:

أمّا سقوط الدعوى فإنّه لازم نفوذ حكم القاضى و إلّا يكون لغواً.

و أمّا عدم جواز التقاص فتدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم من الروايات الثلاث أعنى: موثقة ابن أبى يعفور، و خبر خضر النخعى و ابن وضّاح، صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه و حلف، ثمّ وقع له عندى مال فآخذه لمكان مالى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبه عليه. «۲»

و فى مقابل هذه النصوص رواية أبى بكر الحضرمى و قد رويت مضمرة و مسندة أما الأُولى: قال قلت: له رجل عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن أخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲۰/ ۶۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۷۷

قلت: و ما هو؟ قال: تقول: «اللّهمّ إنّى لا آخذه ظلماًةنايخ لا و و إنّما أخذته مكان مالى الذى أخذ منّى، لم أزدد عليه شيئاً». «۱»

أمّا المسندة فروى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، قال: فجحده إيّاه و ذهب به ثمّ صار بعد ذلك للرجل الذى ذهب بماله مال قبله. أ يأخذه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم و لكن لهذا كلام يقول الخ.

و لعلّ الروايتين واحدة و إن كان الدائن فى الأوّل نفس الراوى، و فى الثانية رجل، غير أنّ الثانية خالية عن الحلف فالتقاص عندئذ لا يكون مخالفاً لما مرّ، و أمّا الأُولى فربّما تحمل على ما إذا كان الحلف تبرّعياً لا فى محضر القاضى و لكنّك عرفت عدم كونه شرطاً فى تأثير الحلف و الأولى أن يطرح لإعراض الأصحاب عنه، و العمل بالمشهور هو المتعيّن.

نعم يبقى فى المقام سؤال و هو أنّه ما هو المقصود من ذهاب الحقّ باليمين فإن أُريد منه الذهاب الظاهرى فهو إنّما يصحّ إذا كان المدّعى شاكاً فى كون العين له أو كونه مديوناً و أمّا إذا كان قاطعاً بالخلاف فلا موضوع للحكم الظاهرى.

و إن أُريد الذهاب الواقعى، فلازمه عدم التأثير إذا أقرّ بالحقّ بعد الإنكار و الحلف، لأنّ المفروض خروج العين عن ملك المدّعى.

و الجواب أنّ الحكم بالذهاب، حكم قضائى بأنّ العين للمنكر، و الحكم القضائى، لا ظاهرى حتى لا يتصوّر، جعله فى حقّ العالم بالواقع كالمدّعى، و لا واقعى حتّى لا يؤثر الإقرار بعد الإنكار فى رجوع العين إلى المالك بل هو قسم ثالث تجب متابعته تكريماً للحلف و احتراماً لمقام القضاء فهو أشبه بالأحكام الواقعية الثانوية كجواز الدخول فى الصلاة بالطهارة الترابية و جواز الاقتداء بصلاة

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴، ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۷۸

المخالف عند التقية، فلا يشترط فى صحّة جعله الشكّ، بل يصحّ جعله و إن كان أحد الطرفين قاطعاً بالخلاف. نعم الحكم معتبر، ما

لم ینکشف الخطاء لدی القاضی فإذا أقرّ بالحقّ انکشف الخطأ فی حکمه، و یرجع کلّ شیء إلی أصله.

و هل یجوز احتساب ما فی ذمّة المنکر خمساً أو زکاة ممّا لا یوجب حقّاً للمدّعی علی المنکر أو لا؟ قال السیّد الطباطبائی: إنّ القدر المتیقن من سقوط حقّ المدّعی هو عدم جواز المطالبة و عدم جواز المقاصّة، و عدم سماع الدعوی منه بعد الحلف و نحو ذلک ممّا یعدّ معارضة للمنکر کبیع العین أو هبتها من غیره و بیع الدین أو صلحه من الغیر و أمّا ما لا یعدّ معارضة کإبرائه من الدین أو عتق العبد أو احتساب ما علیه خمساً أو زکاة أو مظالم إذا کان من أهلها فلا مانع منه إذ الإطلاقات منصرفة عنه. «۱»

و ما ذکره لا یخلو من قوّة لانصراف الروایات إلی أنّه لا یحقّ له المطالبة و أمّا الاحتساب المذکور فلا یعدّ مطالبة بل هو إحسان له بالنسبة و إلّا یلزم عدم صحّة إبراءه و هو کما تری.

و منه یعلم حکم فرع آخر ذکره السیّد الطباطبائی و هو شراء العین المحلوف علیها من الحالف و التصرّف فیها بعده، فی ظاهر الشرع و إن کان الشراء باطلًا لأنّ المفروض أنّها باقیة علی ملکه و کذا یجوز اتهابها منه بل الظاهر جواز التصرّف فیها بإذنه و رضاه و إن کان إذنه بعنوان أنّها له، و هکذا نحو ذلک مما لا یعدّ معارضة. «۲»

أمّا حرمة مطالبة إعادة المحاکمة

اشارة

قال المحقق: و لو عاود المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۶۲.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲، المسألة ۸/ ۶۳ فی الفصل الرابع.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۷۹

إنّ لمطالبة إعادة المحاکمة صورتین:

إحداهما: أن یطالبها مع عدم البیّنة سواء أعادها عند الحاکم الأوّل أو عند حاکم آخر. و ذلک لأنّ المفروض ذهاب حقّه بالیمین، فلا حقّ حتّی یطالبه.

ثانیهما: أن یطالبه مع إقامة البیّنة و هذا هو البحث التالی.

إذا أقام المدّعی بیّنة بعد حلف المنکر

المشهور أنّه إذا حلف المنکر لا تسمع بیّنة المدّعی.

۱- قال الشیخ فی الخلاف: إذا حلف المنکر ثمّ أقام المدّعی البیّنة بالحقّ لم یحکم له بها. و به قال ابن أبی لیلی، و داود و قال باقی الفقهاء إنّه یحکم بها، دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم.

و أیضاً قوله: من حلف فلیُصدَّق، و من حلف له فلیرض. و من لم یفعل فلیس من الله فی شیء. «۱»

۲- و ذهب فی المبسوط إلی خلاف ما فی الخلاف و قال: إذا عرض الیمین علیه فلم یخل من أحد أمرین إمّا أن یحلف أو ینکل فإن حلف أسقط الدعوی و لیس للمدّعی أن یستحلفه مرّة أُخری فی هذا المجلس و لا فی غیره اللّهم إلّا أن یکون له بیّنة علیه فحینئذ یأتی بالبیّنة. «۲»

۳- و ذهب المفید إلی السماع إلّا إذا شرط المنکر سقوط دعواه بالیمین. قال: و إذا التمس المدّعی یمین المنکر فحلف له و افترقا و جاء بعد ذلک ببیّنة تشهد له بحقّه الذی حلف له علیه خصمه، ألزمه الحاکم الخروج منه إلیه اللهمّ إلّا أن یکون المدّعی علیه قد

اشترط للمدّعى أن يمحو عنه كتابه عليه، أو يرضى بيمينه

(۱) الطوسى، الخلاف: ج ۳، كتاب الشهادة، المسألة ۴۰.

(۲) الطوسى، المبسوط: ج ۸، كتاب القضاء/ ۱۵۸.

فى إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تُسمع بيّنته من بعد، و إن لم يشترط له ذلك سمعت على ما ذكرناه. «۱»

۴- و قال ابن إدريس: و إن قال المدّعى ليس معى بيّنة، و طلب من خصمه اليمين فحلفه الحاكم ثمّ أقام بعد ذلك البيّنة على صحّة ما كان يدّعيه لم يلتفت إلى بيّنته و أبطلت. «۲»

۵- و قال المحقّق: و لو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع و قيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين. «۳»

۶- و قال العلّامة: و إذا حلف المنكر سقطت الدعوى ... و لا تسمع دعواه و لا بيّنته ثمّ نقل قولين:

أ: يحكم بالبيّنة إلّا أن يشترط سقوط الحقّ باليمين.

ب: و تسمع مع النسيان. «۴»

۷- و قال فى الإرشاد: و لو أقام المدّعى بيّنته بعد إحلاف الخصم، لم تسمع، و إن لم يشترط سقوط الحقّ باليمين أو نسيها. «۵»

۸- قال فى المختلف: اختلف الشيخان فقال المفيد رحمه الله: إذا التمس المدّعى يمين المنكر فحلف له و افترقا فجاء بعد ذلك بيّنة تشهد له بحقّه الذى حلف له عليه خصمه ألزمه الحاكم الخروج منه إليه. اللّهمّ إلّا أن يكون المدّعى عليه قد اشترط للمدّعى أن يمحو عنه كتابه عليه أو يرضى بيمينه فى إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تسمع بيّنته من بعد و إن لم يشترط له ذلك سمعت على

(۱) المفيد، المقنعة: ۷۳۳.

(۲) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۵۹.

(۳) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۴.

(۴) العلامة الحلى، القواعد كما فى متن مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۷.

(۵) العلّامة: إرشاد الاذهان: ۲/ ۱۴۴.

ما ذكرناه.

و قال الشيخ فى الخلاف: إذا حلف المدّعى عليه ثمّ أقام المدّعى البيّنة بالحق لم يحكم له بها و به قال فى النهاية و المبسوط «۱» و هو قول ابن الجنيد و نقله عن الباقر و الصادق عليهما السَّلام.

و للشيخ فى المبسوط قول آخر أنّه إن كان أقام البيّنة على حقّه، غيره و تولّى ذلك الغير الإشهاد عليه و لم يعلم هو أو تولّى هو إقامة البيّنة و نسى فإنّه يقوى فى نفسى أنّه يقبل بيّنته فأمّا مع علمه ببيّنته فلا يقبل بحال و به قال أبو الصلاح و ابن إدريس «۲» و قال ابن البرّاج فى الكامل بما ذهب إليه المفيد و به قال ابن حمزة أيضاً و المعتمد ما قاله الشيخ فى النهاية. «۳»

۹- و قال المحقق الأردبيلى فلو أقامها بعد إحلاف المدّعى عليه لم تسمع سواء شرط سقوط الدعوى أم لا، و سواء قال: كان لى بيّنة و نسيتها و نحو ذلك و طلبت اليمين أم لا. «۴»

۱۰ و قال السيّد الطباطبائى: فإن حلف سقطت الدعوى فى ظاهر الشرع، لكن لا يبرأ من الحقّ لو كان كاذباً فيجب عليه التخلّص من حقّ المدّعى، و على ذلك فليس للمدّعى بعد الحلف مطالبة حقّه و لا مقاصّته و لا يجوز له الدعوى و لا تسمع دعواه بالإجماع و

النصوص ففى ذيل صحيحة ابن أبى يعفور المتقدّمة بعد قوله: «فلا حقّ له: قلت: و إن كان له بيّنة عادلة قال: نعم فإن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامة ما كان له حقّ و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه. قال رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «من حلف لكم بالله فصدّقوه و من سألكم

---

(۱) قد عرفت نص المبسوط و هو على خلاف هذا النقل و لعلّه ذكره فى موضع آخر منه.

(۲) قد عرفت نص السرائر على خلافه و لعلّه ذكره فى موضع آخر منه.

(۳) العلّامة، المختلف: الفصل الثالث من كتاب القضاء: ۱۴۷.

(۴) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۷.

بالله فاعطوه و ذهبت اليمين بحقّ المدّعى و لا دعوى له». «۱»

و حصيلة الأقوال:

۱- عدم السماع مطلقاً.

۲- السماع مطلقاً

۳- السماع إلّا إذا اشترط السقوط.

۴- عدم السماع إلّا إذا نسى المدَّعى البيّنة.

۵- عدم السماع إلّا إذا تولّى الغير إقامة البيّنة أو نسى المدّعى البيّنة و هو الذى نقله العلّامة عن المبسوط.

هذه هى الأقوال فى المسألة و منه يعلم عدم وجود إجماع فى المسألة سوى الشهرة من عصر المحقّق و لا بدّ من دراسة أدلة المسألة:

استدل لعدم السماع، بما رواه ابن أبى يعفور، أعنى قوله: «نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ... «۲».

أقول: إنّ مقتضى القاعدة هو السماع خصوصاً إذا كان عدم الإحضار مستنداً إلى عذر مقبول عند العقلاء، كعدم حضورها أو عدم تذكّرها و ذلك بوجهين:

۱- أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة نسبة الأصل إلى الأمارة، فالشارع ابتكر علاجاً خاصّاً لفصل الخصومة عند فقد الدليل الموصل إلى الواقع، و من المعلوم ارتفاع موضوع الأصل عند وجود الدليل فيكشف عن أنّ القضاء باليمين، لم يكن على الوجه الصحيح و إن كان القاضى معذوراً، فإذا تبيّن الخلاف، ينتهى أمد الحكم الأوّل. هذا هو مقتضى القاعدة. و لا يعدل عنها

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۶۰، المسألة ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من ابواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

إلّا بدليل قاطع.

۲- أنّ مقتضى إطلاق دليل حجية البيّنة، هو لزوم الأخذ بها مطلقاً، سواء حلف أم لم يحلف و بذلك يعلم ضعف ما فى المسالك: «إنّ اليمين حجّة للمدّعى عليه، كما أنّ البيّنة حجة للمدّعى و كما لا يسمع يمين المدّعى عليه بعد حجّة المدّعى كذلك لا يسمع حجّة المدّعى بعد حجّة المدّعى عليه». «۱» و ذلك للفرق الواضح بين الحجّتين. كما لا يخفى فعدم سماع يمين المدّعى عليه، عند وجود البيّنة، لا يكون دليلًا على عدم سماعها عند وجود اليمين لكون النسبة بينهما نسبة الأصل إلى الأمارة.

و ليس فى مقابلهما سوى موثقة ابن أبى يعفور و العمل بذيلها مشكل حيث قال: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له» فإنّ القسامة فى مورد الدم مقدّمة على الحلف فكيف لا تكون مقدّمة فى المقام فإنّ المال ليس بأهم من الدم فاللازم إرجاع علمها إليهم عليهم السَّلام فالأحوط السماع و أولى منه التصالح. كما لا يخفى.

نعم ربّما يستدلّ على السماع بأنّ: «كل حالة يجب عليه الحقّ بإقراره، فيجب عليه بالبيّنة كما قبل اليمين» «۲» و أجاب عنه المحقّق الآشتيانى: «أنّ المقرّ بإقراره يخرج عن موضوع ما دلّ على عدم جواز ترتّب أثر الحقّ على المحلوف عليه كذباً، بخلاف البيّنة فإنّ الموضوع فى صورة قيامها، باق بحاله فلا يجوز سماعها و ترتيب الأثر عليها» «۳».

و لكن الإجابة ضعيفة، لما عرفت من أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة إنّما هو نسبة الأصل إلى الأمارة فلا يكون الموضوع باقياً فى كلتا الصورتين فالتفصيل بين

---

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۹.

(۲) المصدر نفسه.

(۳) الآشتيانى: القضاء: ۱۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۴

الإقرار و البيّنة مشكل.

و أمّا القول بجواز السماع إلّا إذا اشترط سقوط الدعوى بالحلف، فمنظور فيه، إذ لو كان السماع جائزاً فاشتراط سقوطه يكون على خلاف السنّة إلّا إذا رجع الشرط إلى إلزامه اختيار جانب الترك من الجواز من دون أن يمسّ الاشتراطُ كرامةَ الحكم الشرعى، كما أوضحنا حاله فى مبحث الشروط فى الخيارات. «۱»

و منه يظهر حكم حال النسيان أو تولّى الغير بإقامة البيّنة إذ لا دليل على التفريق بين الذاكر و الناسى، أو بين تولّى النفس و الغير، إذ لو كان المستند فى السماع هو إطلاق دليل البيّنة، فلا وجه للتفريق بين الصورتين، كما أنّ الحال كذلك لو كان المستند فى عدم السماع هو موثقة ابن أبى يعفور.

نعم ربّما يكون الشمول فى صورة النسيان أولى عند العقلاء كما عرفت سابقاً.

ثمّ إنّ صاحب الوسائل قال بعد نقل الموثقة قال: «و تقدّم فى الوصايا فى إشهاد الذميين عليها، ما ظاهره المنافاة لكنّه مخصوص بتلك الصورة».

و قد أشار بذلك إلى ما رواه فى الباب ۲۱ من كتاب الوصايا من مرفوعة على بن إبراهيم من أنّ الحكم بعد إحلاف المنكر ينقض بيمين المدّعى فى مورد خاص، و هو غير ما نحن فيه من ترتّب الأثر على البيّنة بعد إحلاف المنكر، و لا يصحّ إسراء الحكم منه إلى ما نحن فيه إلّا بدعوى الأولوية و هى ممنوعة، لوجود قرائن فى مورد الرواية تدلّ على صدق ادّعاء المدّعى حيث وجدوا الآنية و القلادة عند المنكر، كما لا يخفى، بخلاف موضع إقامة البيّنة.

و مما ذكر يظهر حال ما إذا أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين فإنّ حكمه حكم إقامة البيّنة. و الأولى التصالح.

---

(۱) المختار فى احكام الخيار: ص ۴۷۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۵

المسألة الخامسة: براءة المنكر متوقّفة على حكم الحاكم أو لا؟

هل يتوقّف سقوط الدعوى على إنشاء حكم من الحاكم بذلك بعد الحلف أو يكفى الحلف بعد طلب المدّعى و أمر الحاكم؟
يظهر من صاحب الجواهر لزوم إنشاء الحكم. قال: «قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرّد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكن التحقيق خلافه، ضرورة كون المراد من هذه النصوص و ما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم، و إلّا فلا بدّ من القضاء و الفصل بذلك كما أومأ إليه بقوله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الايمان» «۱» بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتج إلى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدعى باليمين و ثبوت الحقّ بالبيّنة و نحوها. «۲»
يلاحظ بأنّه فى مقام بيان الحكم الشرعى، سواء أ كان هناك تعلم أو لا، و الدليل على ذلك أنّه اعترف به فى آخر كلامه حيث قال: «ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدّعى باليمين، و ثبوت الحقّ بالبيّنة» من دون نظر إلى تعليم الآخرين بكيفية القضاء.
و ذهب السيّد الطباطبائى إلى عدم لزوم إنشاء الحكم فى الموارد الثلاثة: الحلف، و الإقرار بالحقّ، و البيّنة و قد تدرج فى بيان مقصوده، فجعل محور الكلام اليمين، و أنّ البراءة لا تتوقّف على حكم الحاكم إذا كان اليمين بطلب المدّعى و أمر الحاكم، قائلًا بأنّ لليمين خصوصيّه و أنّها موجبة للبراءة، غاية الأمر أنّ اللازم كونها بأمر الحاكم لا بمجرّد طلب المدّعى. ثمّ عطف عليه، كون الإقرار مثل اليمين و أنّه

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۷۵.

يثبت به الاشتغال إذا حاز الشرطين من دون حاجة إلى حكم الحاكم، فلو مات الحاكم بعده و قبل الحكم لم يحتجّ إلى شيء. ثمّ احتمل كون الحكم فى البيّنة أيضاً كذلك. قال: «و قد يحتمل كفاية الثبوت حتّى فى البيّنة و عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، و كون المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفى إخباره به». «۱»
يلاحظ عليه: أنّه إن أراد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فى مجال ترتّب الأحكام الواقعية على موضوعاتها فهو حقّ، فإذا حلف بطلب المدّعى و أمر الحاكم لو قلنا بشرطيتهما و قد عرفت منّا أنّ الأقوى عدمها يترتّب عليه سقوط الدعوى، و حرمة التقاص، لأنّهما أحكام شرعية مترتّبة على اليمين، فعلى المدّعى المؤمن بالشريعة، الالتزام بتلك الأحكام.
و إن أُريد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فى مجال الأحكام القضائية أى الأثر المترتّب على حكم القاضى نفسه، فلا ريب فى توقّفه عليه لو كان، كفصل الخصومة و حرمة النقض، و منع طرح الدعوى فى محكمة أُخرى فالكلّ من آثار الحكم، فما ذكره من باب خلط أثر الحكم الواقعى بأثر الحكم القضائى.
ثمّ إنّ فى كلامه خلطاً آخر و هو ما أفاد: «و المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفى فى إخباره به» و ما ذكره مسألة أُخرى لا صلة لها بما ذكرناه و هى أنّه لو قلنا بلزوم حكم الحاكم يقع الكلام فى أنّه هل يكفى فيه ثبوته عنده و إخباره بذلك أم لا بدّ من إنشاء الحكم بمثل قوله «حكمت» و القولان مبنيان على تسليم لزوم الحكم، غير أنّهما يختلفان فى كيفية إظهاره، فهل تكفى الجملة الخبرية، أو يتوقّف على الإنشاء.
و قد ظهر بما ذكر فى الموارد الثلاثة:

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۶۴.

١ طلب المدّعى.

٢- أمر الحاكم.

٣- إنشاء الحكم.

إنّ الأثر الشرعى الواقعى لا يتوقّف على واحد منهما و أمّا الأثر القضائى فربّما يتوقّف على طلب المدّعى، و إذن الحاكم و إنشاء الحكم منه.

المسألة السادسة: إذا أكذب الحالف نفسه

إذا أكذب الحالف نفسه بالإقرار فيسقط ما كان يترتّب على الحلف إذا لم يكذبه من الآثار، فتجوز مطالبته و تحلّ مقاصته ممّا يجده له مع امتناعه من التسليم. و علّله فى المسالك بقوله: لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمّة الخصم فلا وجه لسقوطه. «١»

و فى مفتاح الكرامة: «لأنّ الإقرار أبطل ما تقدّم لعموم أدلّة الأخذ بالإقرار، لكن تأمّل فيه بأنّ ظاهر الروايات المتقدّمة على خلاف ذلك. «٢»

وجه التأمّل، أنّ النسبة بين عموم الأخذ بمقتضى الإقرار، و ما سبق من الروايات من ذهاب الحق بيمينه هو العموم و الخصوص من وجه، لصدق عموم دليل الإقرار و دونها فيما إذا أقرّ، و لم يكن مسبوقاً بالحلف، و صدق الروايات فيما حلف و لم يكذب نفسه، و يصدقان فيما إذا حلف و أكذب نفسه فلا وجه لتقديم عمومه على ما دلّ على ذهاب الحقّ باليمين.

و لكن التأمّل فى غير مورده لما عرفت من أنّ ذهاب اليمين بحقّ المدّعى ليس حكماً واقعياً، بل حكم قضائى يثبت ما دام الموضوع باقياً فإذا أقرّ بالخلاف، و صار المنكر مقرّاً فلا معنى لبقائه.

---

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ۴٠٩.

(٢) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠/ ٧٧.

أضف إلى ذلك، أنّ المرتكز لدى العقلاء هو الأخذ بالإقرار، و ذمّ الحالف على حلفه كاذباً و هو كاف فى تقديم عموم الإقرار.

فلو كان ما ذكر مقنعاً فى تقديم عموم الإقرار و إلّا فيكفى ما رواه الصدوق عن مسمع بن أبى سيّار «١» قال قلت: لأبى عبد الله إنّى كنتُ استودعت رجلًا مالًا فيجحدنيه، و حلف لى عليه ثمّ إنّه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إيّاه فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك، و اجعلنى فى حلّ فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه حتّى استطلع رأيك فما ترى؟ فقال: «خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّله فإنّ هذا رجل تائب و الله يحب التوّابين». «٢»

و الراوى بصفاء ذهنه، أدرك أنّ له أخذ ماله، و إنّما توقّف فى أخذ الربح. و مقتضى القاعدة أنّ الربح كلّه لصاحب المال، إذا أجاز ما ترتّب على ما له من العقود و عندئذ يكون دفع نصف الربح إليه حكماً استحبابياً، لأجل تشويقه إلى الصدق و الصفاء و حفظ الأمانة و أمّا كون عمل المسلم محترماً فلا صلة له بالمقام، فإنّ ذلك فيما إذا كان العمل بإذن من صاحب المال، لا ما إذا قام به فضولياً.

و لعلّ ما فى فقه الرضا، مأخوذ من هذه الرواية فقد جاء فيه: «و إذا أعطيت رجلًا مالًا فجحدك و حلف عليه ثمّ أتاك بالمال بعد مدّة، و ربّما ربح فيه و ندم على ما كان منه، فخذ رأس مالك و نصف الربح و ردّ عليه نصف الربح. هذا رجل تائب». «٣»

---

(١) سند الصدوق إلى مسمع لم يصحح، و لكن مسمعاً ثقة، وثقه الكشى، ص ٢۶٢ و المجلسى فى الوجيزة: ١۶٧ و يظهر المدح فى

حقّه عن رجال النجاشی. و الروایة معتبرة.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، کتاب الایمان، الباب ۴۸، الحدیث ۳.

(۳) النوری، المستدرک، و هـذا و أمثاله دلیل علی أنّ الکتاب (فقه الرضا)، مأخوذ من الأحادیث المرویـة عن الأئمّة لکن بتصـرف و تلخیص و تقیید و تخصیص.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۸۹

و الظاهر عـدم الفرق فی إکـذاب نفسه بین حضور الحاکم و عـدمه بل یکفی سـماع المـدّعی کما لا فرق بین کون التکـذیب بعنوان التوبة و عدمها. کلّ ذلک لإطلاق دلیل الإقرار و کونه المرتکز لدی العقلاء.

و الحقّ أن یقال: إنّ الآثار المترتّبـة علی الشیـء بوجوده الواقعی یترتّب علی التکذیب مطلقاً، کالمطالبة فی غیر المحکمة و التقاص. و أمّا الآثار المترتّبة علی حکم القاضی فهو باق، لأنّه بعد غیر منتقض عنده و إنّما ینتقض إذا کان الإقرار فی محضر القاضی، حتی ینتهی حکمه بانتفاء الموضوع لدی القاضی.

الجهة الثانیة: إذا ردّ الیمین علی المدّعی

اشارة

قـد عرفت أنّ للمنکر حالات ثلاث، لأنّه إمّا یحلف، أو یردّ الیمین علی المـدّعی أو ینکل و قـد عرفت حکم حلفه و لنبحث عن حکم الثانی ثمّ الثالث، و الکلام یقع فی الأُمور التالیة:

۱- إنّ للمنکر ردّ الیمین علی المدّعی.

۲- و لو ردّ و حلف ثبت حقّه.

۳- و إذا نکل المدّعی، ینتفی حقّه.

۴- إنّ الردّ مختصّ بالحقوق المالیة.

۵- هل یمین المدّعی بمنزلة البیّنة أو کإقرار المنکر؟

۶- إنّ للمنکر أن یستمهل مدّة معیّنة.

قد تضافرت النصوص علی الأحکام الثلاثة الأُولی، و ادّعی الإجماع لو لا أنّ الإجماع مستند إلی النصوص. و فیها الصحیح و المعتبر و الضعیف فبعضها یدلّ علی الحکم الأوّل، و الأکثر یدلّ علی الأحکام الثلاثة. أمّا الأوّل فتدلّ علیه روایات:

۱- صحیحة هشام عن أبی عبد الله علیه السلام قال: تُردُّ الیمینُ (بصیغة المجهول)

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۰

علی المدّعی. «۱» و هل الحدیث ظاهر فیما کان الرادّ نفسه أو یعمّ ما إذا کان الرادّ هو الحاکم و لعلّه ظاهر فی الثانی.

و أمّا الثانی فتدلّ علیه:

۲- صـحیحة محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السَّلام فی الرجل یدّعی و لا بیّنة له قال: «یستحلفه، فإن ردّ الیمین علی صاحب الحقّ فلم یحلف فلا حقّ له». «۲» فتدلّ علی الأوّل و الثالث بالمنطوق و علی الثانی بالمفهوم.

۳- خبر عبیـد بن زرارة عن أبی عبـد الله علیه السـلام فی الرجل یُدّعی علیه الحقّ، و لا بیّنة للمدّعی قال: «یُسْتَحْلَفُ أو یُردّ الیمین علی صاحب الحقّ فإن لم یفعل فلا حقّ له». ۳

و فی السـند «القاسم بن سـلیمان و هو فی کتب الرجال مهمل لم یوثق» و یدلّ علی الحکم الأوّل و الثالث و یسـتفاد الثانی بالمفهوم، و الظاهر أنّ بناء الفعلین علی المجهول، أی یُستحلف الرجل الذی ادّعی علیه، أو تردّ الیمین علی المدّعی، و التفکیک بین الفعلین بکون

الأوّل مبنیّاً علی الفاعل و إن کان صحیحاً، لکن الثانی عندئذ یتعیّن للبناء علی المفعول. نعم التفکیک علی خلاف الظاهر.

۴- مرسلة یونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلین عدلین. فإن لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان. فإن لم تکن امرأتان فرجل و یمین المدّعی، فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدّعی علیه.

فإن لم یحلف و ردّ الیمین علی المدّعی فهی واجبة علیه أن یحلف و یأخذ حقّه فإن أبی أن یحلف فلا شیء له». ۴

و الروایة تدلّ علی الأحکام الثلاثة بالمنطوق. و الوجوب فیها، وجوب وضعی

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

(۲) ۲، ۳، ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱، ۲، ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۱

لا ـ تکلیفی کما أنّ اللزوم فی عبارة المحقق: «و إن ردّ الیمین علی المدّعی لزمه الحلف» وضعیّ بمعنی أنّه لو أراد استیفاء حقّه فعلیه الیمین.

۵- مرسلة أبان عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یُدّعی علیه الحقّ و لیس لصاحب الحقّ بیّنة، قال: «یستحلف المدّعی علیه، فإن أبی أن یحلف، و قال أنا أردّ الیمین علیک لصاحب الحقّ، فإنّ ذلک واجب علی صاحب الحقّ أن یحلف و یأخذ ماله». «۱»

و هی تدل علی الحکم الثانی و الثالث.

۶- صحیح جمیل عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا أقام المدّعی البیّنة فلیس علیه یمین و إن لم یقم البیّنة فردّ علیه الذی أدّعی علیه، الیمین، فأبی فلا حقّ له. ۲

و الظاهر انّ «ادّعی علیه» مبنی للمجهول، و ضمیر «أبی» یرجع إلی المدعی.

۷- روی عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال قلت: للشیخ خبّرنی عن الرجل یدّعی قبل الرجل الحقّ، فلم تکن له بیّنة بما له، قال: فیمین المدّعی علیه فإن حلف فلا حقّ له و إن ردّ الیمین علی المدّعی فلم یحلف فلا حقّ له ۳

و فی السند، یاسین الضریر البصری و الظاهر أنّه إمامیّ و قد أهمل فی الأُصول الرجالیة، و نقل المامقانی أنّ صاحب الحاوی ضعّفه و بهذا اللفظ روایة أبی العباس البقباق. ۴

ثمّ إنّ هناک مواضع لا یمکن للمدّعی الحلف أو لا یصحّ منه، إمّا لعدم الجزم بالدعوی کما فی موارد الظنة و التهمة، أو لا یکون المورد، مجری للیمین کما إذا حاول إثبات المال للغیر بحلفه. کما فی الموارد التالیة:

۱- إذا کان المدّعی غیر جازم فی دعواه.

(۱) ۱ و ۲ نفس المصدر، الحدیث ۵ و ۶.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۲

۲ دعوی الولی للیتیم مالًا علی آخر.

۳- دعوی الوصی علی الوارث أنّ المیت أوصی بخمس أو زکاة أو حجّ و نحو ذلک ممّا لیس له مستحقّ بالخصوص و سیوافیک الکلام فی هذه الصور فانتظر.

منصرف الروایات الحقّ المالی

ثمّ إنّ منصرف الروايات هو الحقّ المالى، ففى مثله، يجب على المنكر، الحلف أو الرّد، لا ـ فى غيره فلو تنازع رجل و امرأة و ادّعى الأوّل زوجيتها فأنكرت الثانية، فليس لها، ردّ اليمين على الزوج على وجه لو حلف يثبت عندئذ كونها زوجته.

هل يمين المدّعى بمنزلة البيّنة أو كإقرار المنكر؟

هل اليمين المردودة، بمنزلة بيّنة المدّعى أو بمنزلة إقرار المنكر، أو هو أمر مستقل، لا يحكم عليها، بحكم أحدهما إذا كان لكلّ حكم خاصّ؟

وجه الأوّل أنّ الذى يُطلب من المدّعى هو البيّنة، فاليمين المردودة إليه تقوم مقامها فى الإثبات.

وجه الثانى: أنّ امتناع المنكر من الحلف، و ردّه إلى المدّعى مشعر باعترافه بالحقّ فكان كإقراره.

و يتفرّع على القولين بعض الفروع:

۱- إذا حلف المدّعى بعد ردّ الحلف إليه ثمّ أقام المنكر بيّنة على أداء المال أو على الإبراء فعلى القول بأنّ يمين المدّعى كبيّنته، لا مانع من قبول بيّنة المنكر و أمّا إذا قلنا بأنّه كإقرار المنكر، فهناك مانع من قبولها لأنّه بإقراره المتقدّم كذّب بيّنته المتأخّرة، و لا بيّنة بعد الإقرار كما مرّ.

۲ إذا كانت يمين المدّعى كبيّنته، يتوقّف ثبوت الحق بها على حكم الحاكم، بخلاف كونها بمنزلة إقرار المنكر فثبوته لا يتوقّف عليه. بناءً على التفريق بين البيّنة و الإقرار فى ثبوت الحقّ فهو فى الأُولى يتوقّف على حكم الحاكم بخلاف الثانى.

وجه الثالث: إنّ الأثر الشرعى فى الفرع الأوّل يترتّب على عنوان الإقرار، و ليست اليمين إقراراً، و كونها بمنزلته ثبوتاً لا يكون دليلًا، على إسراء حكم المنزَّل عليه (الإقرار) على المنزّل (اليمين) إلّا إذا كان هناك دليل على التنزيل فى مقام الإثبات. و مثله الفرع الثانى، فإنّ الأثر (الحاجة إلى حكم الحاكم) مترتب على عنوان البيّنة، و ليست اليمين بيّنة و كونها منزلة منزلتها، لا يكون دليلًا على إسراء حكمها إليها إلّا إذا كان دليل على التنزيل فى مقام الإثبات.

و على ذلك فيلزم على الفقيه الرجوع إلى القواعد فى الفرعين و ما ضاهاهما. ففى الأوّل تُسْمع البيّنة، لعموم حجّية البيّنة، خرج عنه مورد واحد، و هو إذا حلف المنكر. و قد تقدّم قول الفقهاء: «لو أقام المدّعى بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع».

و فى الثانى، يجىء ما قلناه من أنّ كل أثر شرعى مرتّب على الواقع المنكشف، يترتّب عليه، دون الأثر المترتّب على حكم القاضى، فلا فرق بين قيام البيّنة و الإقرار بين الأمرين كما تقدّم.

و بهذا تظهر قوّة ما أفاده صاحب الجواهر و تبعه السيد الطباطبائى من كونها أمراً مستقلًا قال السيّد الطباطبائى: و الأقوى أنّها أمر مستقل ففى الفروع التى فرّعوها على القولين لا بدّ من الرجوع إلى سائر الأُصول و القواعد. «۱»

ما هو الوجه للترديد بين الأمرين

ثمّ إنّ الداعى للترديد بين الأمرين، و عدم جعله شيئاً مستقلًا برأسه، هو

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۷۹، ملحقات العروة الوثقى: ۲/ ۶۵.

الحصر المستفاد من قوله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: إنّما أقضى بينكم بالأيمان و البيّنات «۱» فلو جعلنا اليمين المردودة كبيّنة المدّعى

لتمّ الحصر و إن جعلناه كإقرار المنكر فهو و إن كان خارجاً عن الحصر، لكنّه غير مضرّ لأنّ الحديث فی مقام حصر ما به تحسم الخصومة فی أمرين و الإقرار ليس حاسماً للخصومة بل هو رافع لموضوعها فلا يضرّ خروجها عن تحت الحصر.

و نظير هذا الاختلاف فی تحليل الأُمَة للوطء فهل هو داخل فی التزويج، أو ملك يمين، لحصر الحلّية فی أمرين؟ قال سبحانه: (إِلّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ*) (المؤمنون/ ۶).

يلاحظ عليه: أنّ عدم دخولها تحت الحصر مبنی علی تخصيص الأيمان فی الرواية، بالمنكر و إلّا فلو قلنا بكونها مطلقة يعمّ مطلق اليمين من كلا الجانبين فاليمين المردودة داخلة فی الحصر. و إن أبيت إلّا عن كون المراد من الأيمان، هو يمين المنكر، لا مطلقاً، فنقول إنّ الرواية محمولة علی الغالب بشهادة أنّه يصحّ القضاء بيمين المدّعی فی موارد لا يعلم إلّا من قبل المدّعی أو كان المدّعی أجيراً، أو أميناً كالمستودع إذا ادّعيا التلف.

علی أنّ ماهية اليمين المردودة إنّما هی يمين المنكر لا غير، لكنّه رضی أن يحلف بها المدّعی و أمضاها الشارع فهی مصداق ثانوی للخبر بعد تضافر الروايات علی صحّتها.

ثمّ إنّ هنا وجهاً آخر و هو إلحاقها بالبيّنة من جهة و باليمين من جهة أُخری فبما أنّه يثبت بها الحقّ تكون أشبه بالبيّنة، و من جهة التزام المنكر علی أنّه لو حلف، لخضع علی دعواه، يكون أشبه بالإقرار و علی ضوء هذا يترتّب عليها أثرهما.

يلاحظ عليه: مضافاً إلی أنّه قول ثالث، فإنّ القائل إمّا يلحقها بالبيّنة فقط، أو بالإقرار، لا بكليهما أنّ اجتماع الحيثيتين، لا يكون كاشفاً عن إمضاء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

الشارع لها بكلا الوجهين.

فإن قلت: إنّ مرسلة يونس، جعل استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، و جعل الوجه الرابع اليمين، و من أقسامها، اليمين المردودة علی المدّعی. و هذا يقتضی إلحاقها بالبيّنة، لا بإقرار المنكر، لأنّ استخراج الحقوق، مختصّ بمقام الإنكار و الإخفاء، و الإقرار خضوع و تصديق فلا يستخدم فی مورد استخراج الحقوق.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكر، لا يخرج عن حدّ الإشعار، لا يمكن الاحتجاج به.

إذا استمهل المدّعی لإحضار البيّنة

قد عرفت تضافر الروايات علی سقوط حقّ المدّعی إذا نكل عن الحلف ففی صحيح محمّد بن مسلم: «فلم يحلف فلا حقّ له». «۱» و صحيح جميل: «فأبی فلا حقّ له» إلی غير ذلك. ۲

أضف إلی ذلك أنّه لو لا- القول بسقوط حقّه لرفع خصمه كل يوم إلی القاضی. و الخصم يردّ عليه اليمين و هو لا- يحلف فيعظم الخطب و لا يتفرّغ القاضی من خصومته إلی شغل. و علی هذا لا يصحّ له طرح الدعوی فی مجلس آخر، أو فی محكمة أُخری، و يكفی فی ذلك إطلاق الروايات.

نعم استثنی الشهيد فی المسالك ما إذا ذكر سبباً عقلائياً لامتناعه عن الحلف، و استمهل لإحضار البيّنة أو سؤال الفقهاء، أو مراجعة الحساب فلا يسقط حقّه. ۳

و ما ذكر هو المتفاهم عرفاً لأنّ منصرفها، هو الممتنع المطلق عن الحلف لا

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و ۶.

(۲) ۳ زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۹۶

من یحاول تبدیلها بحجّهٔ أُخری، أو یستمهل، حتّی یکون علی بصیرة من أمره فما أصرّ علیه صاحب الجواهر من إطلاقات الروایات لیس بتام و لأجل ذلک اختار السیّد الطباطبائی جواز الإمهال و قال: «الظاهر أنّ له ذلک لأنّه لا یصدق حینئذ أنّه لم یحلف لأنّ الظاهر منه ما إذا بنی علی عدم الحلف مع عدم الإتیان بالبیّنة، کما أنّه لو کان عدم حلفه استمهالًا لیری ما الأصلح لا یکون مسقطاً لحقّه.» «۱» و علی کلّ تقدیر، یلزم أن یکون التأخیر محدّداً بمدّة لأنّ التأخیر بلا تحدید ضرر أو حرج علی المنکر و هو یطلب إنهاء الخصومة بصورة قاطعة.

نعم ربّما یقال، إنّه یجوز الاستمهال بلا تحدید لأنّ الیمین حقّه و له تأخیره إلی أن یشاء کالبیّنة حتی یتمکّن من إقامتها و هذا بخلاف المدّعی علیه فإنّه لا یمهل إذا استمهل لأنّ الحقّ فیه لغیره بخلاف تأخیر المدّعی فانّه یؤخر حقّه فیقبل إذا کان له عذر مسموع. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ المتبادر کون الاستحلاف حکماً شرعیاً لغایة إنهاء الخصومة، لا حقّاً للمدّعی. کما أنّ الحکم الشرعی هو الإتیان بالبیّنة، و الإسلام بنی صَرْح القضاء علی هذین الأمرین و قال: إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الایمان، فأراد رفع الخصومة و إنهائها بهذین الأمرین لا أنّ ادعاء المدّعی، یورث حقّاً له علی المدّعی علیه و هو الحلف علی المدّعی، حتی یکون حلفه إذا ردّ علیه حقّاً له علی المنکر و یکون له حقّ التأخیر.

***

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۶۵. و لاحظ المغنی لابن قدامة: کتاب الأقضیة: ۱۱/ ۱۲۴، الطبعة الجدیدة بالأُفست لدار الکتاب العربی.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۹۷

الجهة الثالثة إذا نکل المنکر

اشارة

قد سبق أنّ المنکر مقابل المقرّ و الساکت إذا عُرِضَ علیه الحلف، إمّا أن یَحلف، أو یردّ الحلف علی المدّعی، أو یَنکُل، بمعنی أنّه لا یحلف و لا یردّ و المقصود فی المقام هو الثالث. و النکول فی اللغة هو الامتناع. و هو فی کلام الفقهاء، موضوع لحکمین:

۱- إذا لم یحلف و لم یردّ قال له الحاکم أن حلفتَ أو رددت و إلّا جعلتک ناکلًا ثلاث مرّات.

۲- یقضی علیه بمجرد النکول أو بعد ردّ القاضی الیمین علی المدّعی فإن حلف ثبت حقّه أو إن امتنع سقط حقّه.

و علی کلّ تقدیر فالنکول عبارة عن الامتناع عن أمرین أن لا یحلف، و لا یردّه علی المدّعی و إلیک کلمات الأصحاب فی المقام:

۱- قال الشیخ فی النهایة: فإن أقرّ الخصم بدعواه، ألزمه الخروجَ إلیه من الحقّ و إن حلَف، فرّق بینهما، و إن نکلَ عن الیمین، ألزمه الخروجَ إلی خصمه ممّا ادّعاه علیه. «۱»

و مقصوده من النکول عن الیمین، هو الامتناع عن الحلف و الردّ، لا الأوّل وحده.

۲- قال فی المبسوط: «و إن لم یحلف و نکل عن الیمین قال له الحاکم إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا و رددت الیمین علی خصمک فیحلف و یستحقّ علیک، یقول هذا ثلاثاً فإن حلف فقد مضی و إن لم یحلف ردّت الیمین علی

(۱) الطوسی: النهایهٔ، کتاب القضایا و الأحکام/ ۳۴۰.

المدّعی فیحلف و یثبت له الحقّ. «۱»

۳- قال فی الخلاف: إذا نکل المدّعی علیه، رُدّت الیمین علی المدّعی فی سائر الحقوق و به قال الشعبی و النخعی و الشافعی، و قال مالک: إنّما تردّ الیمین فیما یُحکم به بشاهد و امرأتین دون غیره من النکاح و الطلاق و نحو ذلک. ثمّ استدل علی عموم الحکم بما روی عن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم (عند ما قتل عبد الله بن رواحهٔ بخیبر) أنّه قال للمسلمین: «تحلفون خمسین یمیناً و تستحقّون دم صاحبکم» فقالوا من لم نشاهده کیف نحلف علیه؟ فقال: یحلف لکم الیهود خمسین یمیناً فقالوا إنّهم کفّار» فنقل النبیّ الیمین من جانب المدّعی إلی جانب المدّعی علیهم و هذا حکم بردّ الیمین عند النکول و کانت الدعوی فی قتل العمد، و الدماء لا یحکم فیها بشاهد و امرأتین. «۲»

و قد اکتفی الشیخ فی النهایهٔ بمجرّد النکول، بخلاف المبسوط فرأی لزوم ردّها إلی المدّعی.

۴- قال القاضی: فإن لم یحلف (المنکر) قال له الحاکم: إن حلفت، و إلّا جعلتک ناکلًا و ردّدت الیمین علی خصمک فیحلف فیستحقّ علیک یقول هذا ثلاثاً. «۳»

۵- قال ابن إدریس: فإذا عرض الیمین علیه، لم یخل من أحد أمرین: إمّا أن یحلف أو ینکل فإن حلف أسقط الدعوی و لیس للمدّعی أن یستحلفه مرّهٔ أُخری فی هذا المجلس أو فی غیره، فإن لم یحلف و نکل عن الیمین قال له الحاکم إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا و ردّدت الیمین علی خصمک فیحلف و یستحقّ علیک

(۱) الطوسی: المبسوط، کتاب آداب القضاء: ۸/ ۱۵۹.

(۲) الطوسی. الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۳۹. و لا- یخفی أنّ الکلام فی نکول المدّعی علیه و نقل یمینه إلی المدّعی، لا نکول المدّعی و إن استحقّ الیمین کما فی مورد القسامهٔ.

(۳) ابن البرّاج، المهذب: ۲/ ۵۸۵.

إلی أن قال: و لا یجوز أن یحکم علیه بالحقّ بمجرّد النکول بل لا بدّ من یمین المدّعی لیقوم النکول و الیمین مقام البیّنهٔ و قد یشتبه هذا الموضوع علی کثیر من أصحابنا فیُظنّ أنّ بمجرّد النکول یثبت الحقّ و هذا خطأ محض. «۱»

۶- و قال المحقق: و إن نکل المنکر بمعنی أنّه لم یحلف و لم یردّ قال الحاکم: إن حلفتَ و إلّا جعلتک ناکلًا و یکرّر ذلک ثلاثاً استظهاراً لا- فرضاً فإن أصرّ قیل: یقضی علیه بالنکول و قیل: یردّ الیمین علی المدّعی فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع سقط، و الأوّل أظهر. «۲»

۷- و قال ابن سعید: فإن قال لا بیّنهٔ لی، و طلب الیمین، أحلفه له فإن نکل حکم علیه بالدعوی. «۳»

۸- و قال العلّامهٔ فی القواعد: و لو نکل المنکر بمعنی أنّه لم یحلف و لم یرد قال له الحاکم: إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا ثلاث مرّات استظهاراً لا- فرضاً فإن أصرّ فالأقرب أنّ الحاکم یردّ الیمین علی المدّعی فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع سقط و قیل یُقضی بنکوله مطلقاً. «۴»

۹- و قال أیضاً فی إرشاد الأذهان: و لو امتنع المنکر من الیمین و الردّ قال له الحاکم: إن حلفت و إلّا جعلتُک ناکلًا ثلاثاً فإن حلف و إلّا أحلف المدّعی علی رأی، و قضی علیه بالنکول علی رأی. «۵»

۱۰ و قال الشهيد الثانى: و إن أصرّ على النكول ففى حكمه قولان:

أحدهما: و هو ما اختاره المصنّف (المحقق) و قبله الصدوقان و الشيخان و الأتباع منهم القاضى فى الكامل أنّه يقضى عليه بمجرّد نكوله. و ثانيهما: أنّه يردّ

(۱) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۵.

(۲) الشرائع: ۴/ ۸۵.

(۳) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ۵۲۴.

(۴) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۸۰، قسم المتن.

(۵) العلّامة، الإرشاد: ۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۰

اليمين على المدّعى ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و الخلاف و القاضى فى المهذّب و ابن الجنيد و ابن إدريس و العلّامة فى أكثر كتبه و سائر المتأخرين إلى أن قال: فلا ريب أنّ ردّ اليمين على المدّعى أولى. «۱»

۱- ۱ و تبعه الأردبيلى و قال: و يمكن الجمع بين الأدلّة بكون القضاء بالنكول جائزاً و الأولى الردّ. «۲» و سيوافيك كلامه.

۲- ۱ و ذهب سيّدنا الأُستاذ إلى ثبوته بالنكول مع ضمّ حكم الحاكم. «۳»

قال ابن قدامة: و إن قال ما أُريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا فى المدّعى فإن كان مالًا أو المقصود منه المال، قضى عليه بنكوله و لم تردّ اليمين على المدّعى نصَّ عليه أحمد فقال: أنا لا أرى ردّ اليمين إن حلف المدّعى عليه و إلّا دفع إليه حقّه و بهذا قال أبو حنيفة.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج۱، ص: ۴۰۰

و اختار أبو الخطاب انّ له ردّ اليمين على المدّعى، إن ردّها حلف المدّعى و حكم له بما ادّعاه. قال و قد صوّبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف و يستحقّ، و قال: هو قول أهل المدينة روى ذلک عن على رضى الله عنه و به قال شريح و الشعبى و النخعى و ابن سيرين و مالک فى المال خاصة و قاله الشافعى فى جميع الدعاوى لما روى عن نافع عن ابن عمر أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم ردّ اليمين على طالب الحقّ رواه الدار قطنى و لأنّه إذا نكل ظهر صدق المدّعى، و قوى جانبه فتشرع اليمين فى حقّه كالمدّعى عليه قبل نكوله و كالمدّعى إذا شهد له شاهد واحد.

و لأنّ النكول قد يكون لجهله بالحال، و تورّعه عن الحلف على ما لا يتحقّقه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفُّعاً عنها مع علمه بصدقه فى إنكاره و لا يُتعيّن بنكوله صدق المدّعى، فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه

(۱) زين الدين العاملى، المسالک: ۲/ ۴۰۹-۴۱۰.

(۲) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۴۸.

(۳) الإمام الخمينى، التحرير: ۲، كتاب القضاء، المسألة ۱۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۱

دليلًا عند عدم ما هو أقوى منها كما فى موضع الوفاق و قال ابن أبى ليلى: لا أدعه حتّى يقرّ أو يحلف. «۱»

و قبل الخوض فی دراسهٔ أدلّهٔ القولین نذکر أُموراً:

۱- إنّ الظاهر أنّ قول الحاکم للمنکر: إن حلفتَ أو رددت و إلّا جعلتک ناکلًا لیس بواجب و لا مستحبّ و إنّما هو لأجل الوقوف علی حاله، و أنّه هل ناکل أو لا، إذ ربّما یکون الامتناع موقتاً لأجل التفکیر فی م آل الأمر و لأجل ذلک لو علم أنّه ممتنع من الأمرین علی وجه الإطلاق، لا وجه لتذکّر الحاکم. و مع ذلک فالأقوی إعلامه علی ما یترتّب علی نکوله شرعاً و ذلک لعدم وجود إطلاق فی دلیل القضاء حتّی یعمّ کلتا الصورتین فیجب الأخذ بالقدر المتیقّن و هو أنّه لو کان جاهلًا بما یترتّب علی نکوله شرعاً یلزم علی القاضی إعلامه به و لأجل ذلک نأخذ بالمتیقّن فی أکثر الموارد الآتیهٔ و ستأتی الإشارهٔ إلیه فی آخر البحث.

۲- یجب علی القاضی، تفهیم ما علی المنکر، من الحلف أو الردّ، فلو علم بالأوّل دون الثانی فتوقّف عن الحلف، لا یکون داخلًا فی المقام.

و بذلک یعلم أنّ تفصیل المحقق الأردبیلی غیر تام لأنّه فصّل بین ما إذا علم المدّعی علیه أنّ له الردّ و لکنّه ترکه تحرزاً عن إحلاف شخص حیث یُخیّل أنّه قد یضرّه فی الدنیا و الآخرهٔ فیقضی بالنکول، و بین ما إذا لم یعلم ذلک فیقضی بالردّ إلی المدّعی و بذلک حاول التوفیق بین أدلّهٔ القولین. «۲»

و ذلک لأنّ القضاء بالنکول مع جهله بأنّ له الردّ، حکم ضرری، خارج عن محلّ البحث و موضع البحث إثباتاً و نفیاً ما إذا وقف المنکر علی أنّه مخیّر بین الحلف و الردّ، و مع ذلک نکل.

---

(۱) ابن قدامهٔ، کتاب الأقضیهٔ: ۱۲/ ۱۲۴. و السکوت فی صدر کلامه، هو السکوت عن الحلف بعد الإنکار، و لا صلهٔ له بما یأتی من القسم الثالث للمدّعی علیه.

(۲) الأردبیلی، مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۱۴۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۰۲

۳ إنّ البحث فیما إذا أمکن إحلاف المدّعی و لم یکن من المستثنیات مثل دعوی الظن و التهمهٔ، أو فیما لا یصحّ الیمین هناک کالأولیاء و الأوصیاء و الوکلاء بناء علی عدم صحّهٔ أیمانهم و إلّا فلا محیص عن القضاء بالنکول. و سیوافیک أنّ الأقوی جواز تحلیفهم فی خاتمهٔ البحث.

۴- إنّ ظاهر صحیحهٔ هشام بن الحکم، أنّ محور القضاء هو البیّنات و الایمان «۱»، کما أنّ الظاهر من صحیح جمیل و هشام أنّ البیّنهٔ علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه «۲» و علی ذلک یجب أن یدور القضاء حول ذینک الأمرین ما لم یدلّ دلیل علی خلافهما، و علی ذلک تکون الروایات الدالّهٔ علی صحّهٔ القضاء بیمین المدّعی إذا ردّت إلیه حاکمهٔ علی صحیحهما و مفسرهٔ لهما. و أنّ المراد من یمین المدّعی علیه الأعم من یمین نفسه أو المردودهٔ إلی المدّعی من جانبه و علی کلّ تقدیر فالیمین یمین المدّعی علیه إمّا یقوم بها بنفسه أو یردّها إلیه نعم لولاهما لاقتصرنا بالأوّل.

۵- دلّت مرسلهٔ یونس علی أنّ استخراج الحقوق بأربعهٔ، ثلاثهٔ منها یرجع إلی أقسام الشاهد المذکورهٔ فی الحدیث و واحد منها یرجع إلی الیمین لکن بهذا الترتیب:

الف: یمین المدّعی علیه.

ب: یمین المدّعی عند الردّ إلیه.

ج: نکول المدّعی عن الیمین عند الردّ.

ففی المورد الثالث یقضی بنکول المدّعی عن الیمین علی براءهٔ المنکر. مع أنّه لیس هناک بیّنهٔ و لا یمین فکیف یصحّ القضاء

بالنکول، مع قوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: إنّما أقضی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و الباب ۲۵، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۰۳

بینکم بالبیّنات و الایمان؟

و الإجابة سهلة، لأنّه إذا کان الادّعاء فارغاً عن البیّنة و الحلف، فلا یقضی الحاکم بشیء بل یأمر بترکهما مجلس القضاء لا أنّه یحکم بالبراءة، إذ الأصل قبل القضاء أیضاً هو البراءة فلا حاجة معه إلی القضاء و لو سلّم أنّه یقضی بالبراءة، و أنّ الحکم الکلّی لا یکفی ما لم یصغ فی قالب الحکم القضائی فهو أشبه بعدم القضاء بشیء و بذلک یعلم أنّ القضاء علی الاشتغال بمجرّد نکول المدّعی علیه، بلا ضمّ یمین المدّعی إلیه یحتاج إلی دلیل قاطع و حاسم لیخصّص به، عموم ما دلّ علی أنّ محور القضاء هو البیّنات و الایمان، و لا یقاس بنکول المدّعی من الیمین. فإنّ الثانی أشبه بعدم القضاء بشیء، و الأوّل قضاء علی الاشتغال.

۶- إنّ المسألة خالیة عن النصّ الصریح کما اعترف به الأردبیلی و إنّما یحاول أصحاب کلّ من القولین تطبیق بعض الروایات علی المقام و أمّا مقتضی الأصل مع قطع النظر عن الأدلّة الاجتهادیة فهو عدم صحّة القضاء بالنکول فإنّ القضاء أمر شرعی یتوقّف حصوله علی تحقّق سببه الشرعی و کونه سبباً مشکوک فیه. و الأصل من حیث التکلیف و إن کان براءة ذمّة المنکر عن الحقّ لکن التمسّک به تمسّک بالأصل المسببی مع وجود الأصل السببی لأنّ الشک فی البراءة و الاشتغال ناش من سببیة النکول و عدمها، فإذا رفعت سببیّته بالأصل، فلا یبقی مجال للأجل المسببی و إن کانا متوافقی المضمون.

هذا نظیر ما إذا لم یکن لدلیل السببیة إطلاق، و شککنا فی تأثیر السبب علی وجه الإطلاق أو مع قید آخر، فالأصل عدم التأثیر و النفوذ إلّا مع القید المشکوک.

نعم لو کان لدلیل السببیة إطلاق أو عموم، فهما مقدّمان علی أصالة عدم التأثیر.

و أمّا التمسّک ببراءة ذمّة المدّعی علیه ما لم یحلف المدّعی، فلا یثبت کون النکول مع یمین المدّعی موضوعاً تامّاً للقضاء إلّا علی القول بالأصل المثبت نعم

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۰۴

ذکر السیّد الطباطبائی أُصولًا مختلفة غیر مجدیة فلاحظ. «۱»

إذا عرفت ما ذکرنا فلنذکر أدلّة القولین:

دلیل [القول الأول] القضاء بالنکول

اشارة

هذا هو الذی جعله بعضهم أظهر القولین. و هو خیرة الشیخ فی النهایة، و المحقّق فی الشرائع، و ابن سعید فی الجامع، و مال إلیه الشهید فی المسالک علی ما عرفت و إن جعل الأُولی ردّ الیمین علی المدّعی و استدل له بوجوه:

۱- قوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه.

«۲» وجه الاستدلال أنّه جعل الیمین فی جانب المدّعی علیه کما جعل البیّنة فی جانب المدّعی و التفصیل قاطع للاشتراک. و لا ینقض

ذلک بردّ الیمین علی المدّعی من دون نکول حیث حکم علیه بالیمین، و ذلک لما عرفت أنّه جاء من قبل الردّ لا بأصل الشرع المتلقّی من الحدیث. أو یقال إنّه یمین المدّعی علیه، حیث رضی أن یحلف خصمه و یدفع جریمهٔ الردّ. و إن أبیت نقول: إنّ مخالفهٔ ذلک الأصل المحکم یتوقّف علی دلیل قاطع، و هو موجود فیما إذا لم ینکل و ردّ الیمین دون ما إذا نکل و لم یردّ فلا قیمهٔ لیمین المدّعی عندئذ إذا لم یردّها بل قام الحاکم بردّه.

یلاحظ علیه: بأنّ الروایهٔ بصدد بیان الوظیفهٔ الأصلیهٔ و أنّ طبع القضیهٔ یقتضی أن یتمسّک المدّعی بالبیّنهٔ و المنکر بالیمین و هذا لا ینافی العدول عنه فی بعض الأحایین، و سیوافیک بعض الموارد التی یحلف فیها المدّعی «۳» مع أنّ وظیفته

(۱) السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروهٔ: ۲/ ۶۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱ و فی الباب ۲۵ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۳. البیّنهٔ علی من ادّعی و الیمینُ علی مَنْ أنکر.

(۳) کدعوی الدین علی المیّت إذا أثبته بشهود حیث یحلّف الحاکم المدّعی علی أنّه لم یستوفه هو بنفسه أو بوکیله من المیّت و لا أبرأه و لا أحاله و لا رضی علیه. و له نظائر.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۰۵

البیّنهٔ.

علی أنّ الاستدلال بها، إنّما یتمّ لو لم یَقُم فی المقام دلیل علی لزوم الحلف کما قام بالاتّفاق فی صورهٔ ردّ المنکر إلی المدّعی من دون نکول، علی أنّ الصورتین غیر مختلفتین جوهراً و الردّ تارهٔ یقوم به المنکر، و أُخری ینوب عنه الحاکم فیردّه علی المدّعی و لعلّ العرف یستأنس بما ورد فیه النص، لما لم یردّ فیه.

۲- صحیح محمد بن مسلم

اشارة

قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الأخرس کیف یحلف إذا ادّعی علیه دین و أنکر و لم یکن للمدّعی بیّنهٔ؟ فقال: «إنّ أمیر المؤمنین علیه السلام أُتِی بأخرسَ فادّعی علیه دین، و لم یکن للمدّعی بیّنهٔ إلی أن قال: کتب أمیر المؤمنین: و الله الذی لا إله إلّا هو عالم الغیب و الشهادهٔ ... ثمّ غسله و أمر الأخرس أن یشربه فامتنع فألزمه الدین». «۱»

و المتبادر منه أنّه لم یردّ الیمین علی خصمه و إلّا لنقل و لزم تأخیر البیان عن وقت الخطاب بل عن وقت الحاجهٔ و أیضاً فقوله: «فامتنع فألزمه» یدلّ علی تعقیب الإلزام للامتناع بغیر مهلهٔ لمکان الفاء و هو ینافی تخلّل الیمین بینهما و فعله علیه السلام کقوله حجّهٔ. و توهم أنّه مخصوص بالأخرس کما تری مع أنّه أحقّ للترحّم بأن لا یقضی علیه بمجرّد النکول بل یردّ علی خصمه.

یلاحظ علیه بوجوه:

أ: أنّ الروایهٔ کما یدلّ علیه قوله: «کیف یحلف الأخرس إذا ادّعی علیه دین، و أنکر و لم یکن للمدّعی بیّنهٔ» بصدد بیان کیفیهٔ تحلیف الأخرس، لا بصدد بیان کیفیهٔ ثبوت الحقّ علی المنکر، فلا یعدّ عدم ذکر الردّ علی المدّعی، تأخیراً للبیان و إلی ما ذکرنا أشار الأردبیلی و قال: «و یکون الغرض بیان تحلیفه، کما هو المتبادر من أوّل الخبر ...». «۲»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۶

ب: أنّ القضاء بالنكول مشروط بالامتناع عن الحلف و الردّ، و المذكور هو الأوّل دون الثانى، فتأخّر البيان عن وقت الحاجة لازم على كلّ تقدير. و هذا الإشكال وارد على مجموع ما استدلّ له على القول الأوّل، حيث اكتفى فيه بالامتناع عن الحلف، دون الحلف و الردّ مع أنّ النكول متحقق بالامتناع عن الأمرين.

ج: إنّ الرواية بصدد بيان عدم سقوط الحقّ بامتناعه عن الحلف و أمّا أنّه لا يشترط فى القضاء شيء آخر وراء النكول و هو ردّ الحاكم اليمين إلى المدّعى، فلا تدلّ عليه.

۳- خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله:

اشارة

قلت للشيخ عليه السلام خبّرنى عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحق، فلم تكن له بيّنة بما له؟ قال: «فيمين المدّعى عليه.

فإن حلف فلا حقّ له.

و إن لم يحلف فعليه». «۱»

إنّ الشقّ الثانى من كلامه يدلّ على ثبوت الحقّ، بمجرّد امتناعه من الحلف و هو معنى القضاء بالنكول.

يلاحظ عليه بوجهين:

۱- إنّ الموضوع للقضاء بالنكول، ليس الامتناع عن الحلف، بل الامتناع منه و من الردّ و المذكور فى الرواية هو الأوّل دون الثانى. فكما أنّ عدم ذكر الامتناع عن الردّ لا- يضرّ بكونه فى مقام البيان فكذلك عدم ذكر ردّ الحاكم على المدّعى فلعلّه ردّه عليه و لم يذكر لعدم العناية به.

۲- إنّ المقصود منها، عدم سقوط الحقّ بامتناعه و أمّا أنّه لا يشترط فى القضاء شيء آخر و هو إحلاف المدّعى، من جانب القاضى فلا يدّل على عدم اعتباره بل هو ساكت عنه.

---

(۱) الكلينى، الفروع: ۷/ ۴۱۶۴۱۵ و وافقه الشيخ فى التهذيب فى كيفية النقل: ۶/ ۲۲۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۷

على أنّ الرواية ضعيفة سنداً لأجل قاسم بن سليمان لما عرفت من أنّه مهمل فى الرجال ثمّ الرواية مضطربة متناً فنقلها الكلينى حسب ما نقلناه، و نقلها الصدوق. بصورة أُخرى فابدل قوله: «و إن لم يحلف فعليه» بقوله: و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حقّ» «۱» و فى الوسائل «۲»، جمع بين المتنين. و على ما نقله الصدوق فلا صلة للرواية بالمقام.

و هناك احتمال آخر و هو أنّ الضمير المجرور فى قوله: «و إن لم يحلف فعليه» يعود إلى المدّعى، و معنى الجملة: إن لم يحلف المدّعى عليه، «فاليمين على المدّعى» و يكون مفاد النقلين أمراً واحداً و تكون الرواية متعرضة لصورتين:

۱- حلف المدّعى عليه.

۲- عدم حلفه و حلف المدّعى. على وجه الإجمال من دون يكون ذكر لمستند حلف المدّعى و هل هو ردّ المدّعى عليه، أو الحاكم؟ و على هذا التفسير، يختلف مرجع الضمير المجرور و المبتدأ المقدّر، فعلى التفسير الأوّل يرجع الضمير إلى المدّعى عليه و المبتدأ المقدّر عبارة عن الحقّ و المعنى و ان يحلف المدّعى عليه، فالحقّ على ذمّته و يكون شاهداً للقول.

و على الثانى، يرجع الضمير إلى المدّعى (الرجل) و المبتدأ المقدّر هو الحلف: أى إن لم يحلف المدّعى عليه، فالحلف على المدّعى و يكون ناظراً للقول الثانى.

هذا ما ذكره بعض حضار بحثنا و نبّه به أيضاً السيّد الطباطبائى. «۳»

و الغريب انّ المحقّق الآشتيانى نقل عن بعضهم أنّ الرواية أخذت من كتاب «أحمد بن محمّد بن عيسى» الذى أخرج جماعة من الرواة عن قم، منهم

---

(۱) الصدوق، الفقيه: ۳/ ۳۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۳) ملحقات العروة الوثقى: ۲/ ۶۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۸

البرقى لأجل روايتهم عن الضعفاء و بذلك حاول أن يثبت إتقان الرواية، لأنّ من يعترض على من يروى عن الضعفاء لا ينقل عنهم.

يلاحظ عليه: مع أنّ اعتراضه لم يكن على أصل النقل عن الضعفاء بل لكثرة روايتهم عنهم و إلّا فالثقة قد يروى عن الضعيف، إنّ الواقع فى السند، هو محمّد بن عيسى بن عبيد اليقطينى، لا أحمد بن محمّد بن عيسى.

هذا كلّه حول الصدر و أمّا ذيلها فيمكن أن يتمسّك به القائل بكفاية النكول و ذلك لأنّه قال: «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فاقيمت عليه البيّنة. فعلى المدّعى اليمين إلى أن قال: لأنّ المدّعى عليه ليس بحىّ و لو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه و من ثمّ لم يثبت الحق».

وجه الاستدلال للقول بكفاية النكول أنّه قال: «يردّ اليمين» بصيغة المعلوم و لم يذكر ردّ اليمين من الحاكم إذا امتنع عن الجميع، بل ذكر ردّ المدّعى عليه فقط.

يلاحظ عليه أوّلًا: أنّه من المحتمل أنّه بصيغة المجهول فلا يتعيّن الرادّ فيعم المدّعى عليه و القاضى.

و ثانياً: نفترض أنّه بصيغة المعلوم، و لكن القاضى ولىّ الممتنع، فردّه ردّ تسبيبىّ للمدّعى عليه، فيصدق اعتباراً أنّه ردّ اليمين إلى المدّعى. على أنّ عدم الذكر لا يكون دليلًا على التشريع.

فقد تبيّن ممّا ذكرنا أنّه ليس للقول بكفاية النكول عن ردّ اليمين على المدّعى دليل واضح فالمرجع هو الأصل و هو عدم سببيته إلّا إذا ضمّت إليه يمين المدّعى، ليكون النكول عن الأمرين مع يمين المدّعى قائماً مكان البيّنة كما صرّح به ابن إدريس فى كلامه المتقدّم.

استدل للقول الثانى [أى رد الحاكم اليمين على المدعى] بوجوه غير نقيّة.

اشارة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۰۹

۱ ما رواه أهل السنّة من أنّ النبى ردّ اليمين على طالب الحقّ. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ السند غير نقى، و الرواية ليست صريحة فى المورد و لعلّ ردّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم كان فى صورة رضى المدّعى عليه، بيمين المدّعى فيصدق أنّه ردّ اليمين على المدّعى.

۲- ما فى رواية عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام: فى الرجل يُدّعى عليه الحقّ و لا بيّنة للمدّعى قال: «يُسْتَحْلَف أو يُردُّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له». «۲»

و الاستدلال مبنى على كون الفعلين مبنيين للمجهول: و المعنى أنّه يُسْتَحْلَفُ المدّعى عليه و إن امتنع يُردُّ اليمين على صاحب الحقّ

فیکون نصّاً فی المورد.

نعم لو کـان الفعـل الأـوّل مبنیّاً للمجهول دون الثانی تکون العبـارة نـاظرة إلی الصورة السابقـة و هو ردّ المنکر الیمین إلی المـدّعی و المعنی یُسْتَحلَفُ المدّعی علیه، أو یردّ هو الیمین علی المدّعی و احتمال کون الرادّ، هو الأعم من المدّعی علیه أو القاضی لأنّ له ولایة علی الممتنع و إن کان له وجه کما مرّ فی توضیح ذیل روایة عبد الرحمن البصری، لکنّه مجرد احتمال لا ظهور.

۳- صحیح هشام عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: تردّ الیمین علی المدّعی. «۳» وجه الاستدلال التمسک بإطلاقه الشامل للمقام. «۴»

یلاحظ علیه: أنّ الروایة جواب عن سؤال غیر مذکور و لعلّه کان فی مورد رضی المدّعی علیه أن یحلف المدّعی ففی هذا المورد ورد یُردّ الیمین علی المدّعی.

---

(۱) رواه المتقی الهندی فی کنز العمال: ۵/ ۱۴۵۴۵، الدار قطنی، السنن: ۴/ ۲۱۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۴) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۱۸۳ لکن نکول المدّعی سبب لسقوط حقّه، و نکول المنکر سبب لإثباته یجمعها أنّه من أدوات القضاء.

۴ و قـوله صـلّی الله علیه و آله و سلّم: «المطلوب أولی بـالیمین من الطـالب». «۱» وجه الاسـتدلال أنّ صـیغة التفضیل تدلّ علی وجود المبدأ فی کلا الطرفین غایة الأمر وجوده فی المطلوب آکد من وجوده فی الطالب.

یلاحـظ علیه: مع أنّ السـند غیر نقیّ و مع احتمـال کون «أولی» فی المقام مثل ما ورد فی آیـة المیراث: (وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ فِی کِتابِ اللّهِ). (الأنفال/ ۷۵) فیکون المقصود تعیّن الیمین علی المطلوب و عـدم جوازه للطـالب، أنه لاـ إطلاقَ فی الحـدیث، فلعلّه ناظر إلی ما إذا رضی المطلوب، بیمین الطالب لاما إذا امتنع من الحلف و الردّ.

۵- خبر ضـمرة بن أبی ضـمرة عن أبیه عن جـدّه قال: قال أمیر المؤمنین علیه السـلام: «أحکام المسـلمین علی ثلاثـة: شـهادة عادلة، أو یمین قاطعة، أو سنّة ماضیة من أئمّة الهدی». «۲»

وجه الاستدلال أنّ القضاء بالنکول لیس بواحد منها.

یلاحظ علیه بوجهین:

الأوّل: أنّه و ما شابهه ناظرا إلی الطوارئ الأوّلیـة، و لا یعمّ الطوارئ الثانویة، مثل ما إذا أنکر، و امتنع من الحلف و الردّ، فلو قلنا بالقضاء بالنکول لا یکون مخالفاً له.

الثانی: الجواب بالنقض، لاتّفاقهم علی صحّة القضاء بنکول المدّعی إذا ردّت إلیه الیمین.

و لکن الملاحظـة الثانیـة، غیر تامّـة، لما عرفت من الفرق بین النکولین. أی فرق بین القضاء بنکول المـدّعی، و القضاء بنکول المـدّعی علیه، فانّ الأوّل أشبه

---

(۱) الدار قطنی، السنن: ۴/ ۲۱۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

بعـدم القضاء عنـد نکول المدّعی، و اعترافه بعدم البیّنة، فإنّ القاضـی یرخّصـهما عن مجلس القضاء و یشـتغل بسائر المرافعات بخلاف القضاء بنکول المنکر، فإنّه قضاء بالمعنی الحقیقی و حکم باشتغال ذمّته بالحقّ، فلا یصحّ قیاس أحدهما بالآخر.

و عندئذ ينحصر الجواب بما قلناه من أنّه ناظر إلى الحالات الابتدائية دون الثانوية.

و أمّا التمسّك بآية الوصية الواردة فى سورة المائدة/ ۱۰۸، فلا صلة له بالمقام.

إلى هنا تبيّن أنّه ليس لأحد القولين دليل اجتهادىّ قاطع، و المرجع، هو الأصل الذى عرفته.

بقى هنا شىء و هو ما أفاده صاحب الجواهر عند ذكر أدلّة كفاية النكول: حيث قوّاه بوجهين:

۱- إنّ ظاهر الإحلاف أنّه حقّ المنكر فلا يستوفى إلّا بإذنه كما أنّه لا يحلف المنكر إلّا بإذن المدّعى.

۲- انّه كنكول المدّعى عن اليمين التى هى ليست إلّا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم يكن أولى فى تسبّب القضاء فهو مساو له».

يلاحظ على الأوّل: ما عرفت من أنّ الاحتجاج بالبيّنة و اليمين من الأحكام الشرعية و من أدوات القضاء، و ليس من مقولة الحقّ الاصطلاحى، و إذا كان حكماً شرعياً مفيداً لحال بعض المكلفين يقوم به الحاكم، إذا امتنع عنه المكلّف، لأنّه ولى الممتنع و العجب أنّه أشار بما ذكرناه فى ثنايا البحث. «۱»

و أمّا الثانى فهو أشبه بالقياس، لأنّ القضاء بنكول المدّعى لا يكون دليلًا على القضاء بنكول المدّعى عليه و إن اشتركا فى ترك الإقدام على الحلف و قد عرفت

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۸۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۱۲

الفرق بين النكولين فى الأمر الخامس من المقدّمات عند البحث فى مرسلة يونس فلاحظ.

ثمّ إنّه استدل للقول الآخر أى ردّ الحاكم اليمين على المدّعى بوجه آخر: أنّ الإحلاف هنا ليس إلّا لمصلحة المنكر بانقطاع الدعوى عنه. و ربّما جاز بدون إذنه مضافاً إلى معلومية ولاية الحاكم على كلّ ممتنع فيقوم مقامه حينئذ فى الردّ الذى يمكن نكول المدّعى معه فيسقط حقّه.

يلاحظ عليه: أنّ الردّ كما يمكن أن يتمّ لصالح المنكر بأن ينكل عن الحلف، يمكن أن يتم لصالح المدّعى، حيث يحلف و يأخذ حقّه و معه كيف يمكن وصفه بأنّه لصالح المنكر فقط.

بقيت هنا كلمة: و هو أنّه لو قلنا بجواز القضاء بالنكول فالمتيقّن منه، ما إذا عرض حكم النكول عليه، و لو قضى بنكوله من غير عرض فادّعى الخصم الجهل بحكم النكول و دلّت القرائن على صدق قوله فالحكم بالنكول مشكل جدّاً لما عرفت من عدم وجود إطلاق فى دليل القضاء حتّى يُنفى وجوبُ العرض بأصالة البراءة و المرجع هو الأصل أعنى: عدم النفوذ إلّا إذا كان نفوذه متيقّناً.

و يعرب عمّا ذكر أنّ الدّليل المهم لجواز القضاء بالنكول هو رواية عبد الرحمن البصرى ببيان: أنّ قوله: «و لو كان حيّاً لألزم باليمين، أو الحقّ أو يردّ اليمين (بناء على كون الفعل (يردّ) مبنياً للفاعل) يدلّ على أنّه إذا انتفى الأمرين أى لم يحلف و لم يردّ لألزم بالحقّ»، و لكن الرواية ليست فى مقام بيان شرائط القضاء بالنكول و الإلزام بالحقّ، فلعلّ نفوذ القضاء مشروط بعلم المنكر، بالموضوع و حكمه.

و المقصود من وجوب العرض هو الوجوب الشرطى لا النفسى، كما لا يخفى.

***

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۱۳

إذا بذل المنكر اليمينَ بعد النكول

إنّ للمسألة صوراً يختلف حكم بعضها حسب اختلاف المبنى فى المسألة السابقة، و إليك الصور:

۱- إذا بذل بعد النكول و الامتناع عن الحلف و الردّ.

۲- إذا بذل بعد النکول و حکم القاضی بالحقّ بعده.

۳- إذا بذل بعد النکول، و ردّ القاضی الیمین إلی المدّعی و قبل حلفه.

۴- تلک الصورة و لکن بعد حلفه.

و البحث عن الصورتین الأولتین علی القول بکفایة النکول فی الحکم، بخلاف الأخیرتین فإنّما یطرحهما من یقول بعدم کفایة النکول و لزوم ردّ الیمین.

لا شکّ فی لزوم الالتفات فی الصورة الأُولی (قبل صدور الحکم) و إن قلنا بأنّ النکول موضوع تام له و لأجل ذلک أدخل صاحب الجواهر لفظ الحکم فی عبارة الشرائع حتّی تتمحض فی الصورة الثانیة.

و أمّا الثانیة، فالحکم بعدم الالتفات مبنی، علی ما هو المختار فی المسألة السابقة، من جواز الحکم بالنکول فلا یلتفت لحرمة نقض حکم القاضی.

و أمّا الصورة الثالثة أی إذا بذل قبل حلف المدّعی الیمینَ المردودة فالظاهر لزوم الالتفات من غیر فرق بین کون الردّ منه أو من الحاکم خصوصاً إذا کان مع رضا المدّعی، لأنّ قول الحاکم له «احلف» لیس قضاء بل تمهید له، فإذا لم یحلف و رضی فلا وجه لعدم الالتفات.

بل و لو لم یرض و حلف، مع کون المنکر مستعدّاً للحلف و ذلک لما عرفت من خلوّ دلیل مطلق یدلّ علی القضاء فی هذه الصورة إلّا الأصل الحاکم بالأخذ بالقدر المتیقّن، و لازمه هنا، هو الالتفات بیمین المنکر، لأنّ المقطوع بالقضاء بیمین

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۴

المدّعی إذا بقی المنکر علی نکوله حتّی یتمّ حلف المدّعی لا مطلقاً و إن رجع قبل یمین المدّعی.

و أمّا الصورة الرابعة فعدم الالتفات هو المتعیّن، لکونه هو القدر المتیقّن.

مسائل

اشارة

الأُولی: إذا کانت للمدّعی بیّنة فهل یجوز للحاکم أن یقول احضرها أو لا یجوز؟

الثانیة: إذا کانت البیّنة حاضرة فهل یجوز سؤالها قبل التماس المدّعی، أو لا یجوز؟

الثالثة: فإذا سألها و تبیّن الواقع فهل یجوز الحکم قبل التماس المدّعی، أو لا یجوز إلّا بعد التماسه؟

أمّا الأُولی: [إذا کانت للمدّعی بیّنة فهل یجوز للحاکم أن یقول احضرها أو لا یجوز؟]

فقد نقل عن جماعة الجواز مطلقاً، و عن جماعة أُخری عدمه کذلک و عن بعضهم التفصیل بین علم الحاکم بمعرفة المدّعی بکون المقام مقام بیّنة فلا یجوز، و جهله بذلک فیجوز. و استحسن المحقّق الجواز.

أمّا الثانیة: [الثانیة: إذا کانت البیّنة حاضرة فهل یجوز سؤالها قبل التماس المدّعی، أو لا یجوز؟]

فقد اختار المحقّق عدم الجواز و قال: «و مع حضورها لا یسألها الحاکم ما لم یلتمس المدّعی» و علّله صاحب الجواهر بقوله: «لأنّه حقّه فلا یتصرّف فیه من غیر إذنه» «۱» و قال العلّامة فی القواعد: «إذا أراد السؤال فلیقل من کانت عنده شهادة فلیذکر إن شاء و لا یقول لهما اشهدا. ۲ و علّله فی

الجواهر بأنّه أمر لهما بالشهادهٔ و قد لا تکون عندهما شهادهٔ. ۳

أمّا الثالثهٔ: [فإذا سألها و تبيّن الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدّعى، أو لا يجوز إلّا بعد التماسه؟]

فقال المحقّق: «لا يحكم إلّا بمسألهٔ المدّعى أيضاً» و علّله في

---

(۱) ۱ و ۲ الجواهر: ۴۰/ ۱۹۲.

(۲) ۳ مفتاح الكرامهٔ، قسم المتن: ۱۰/ ۸۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۱۵

الجواهر بأنّ ذلك حقّ له، و ربّما كان له غرض فى عدم الحكم و لو فرض جهل المدّعى بتوقف حكم الحاكم على طلبه بيّنه له، و نقل عن بعضهم: أنّ له الحكم و إن لم يسأله المدّعى لأنّ ذلك منصبه و وظيفته و مفروض المسألهٔ عدم رفع يد المدّعى عن دعواه.
أظنّ أنّ حكم المسائل الثلاث من الوضوح بمكان، و ذلك ببيان أمرين:
الأوّل: إنّ الاحتجاج بالبيّنهٔ، أو دفع الدعوى باليمين من أدوات القضاء فى الإسلام. و من الأحكام الشرعيهٔ فقد أوجب سبحانه على القاضى أن يحكم بكذا و كذا، و ليس من الحقوق و إن كانت البيّنهٔ لصالح المدّعى، و اليمين لصالح المنكر، و ليس كلّ ما تمّ لصالح الإنسان معدوداً من الحقوق، فقد أحلّ الله البيع و الطيّبات، مع أنّ الحليّهٔ فيهما ليست من الحقوق.
الثانى: إنّ القضاء أمر عرفى و قد كان رائجاً قبل الإسلام بين الناس، و إيقاف القضاء بهذه الأُمور ربّما يعرقل أمر القضاء و يأخذ من وقت القاضى شيئاً كثيراً. نعم ليس للقاضى دعوهٔ الناس إلى الترافع و إنهاء الخصومهٔ ما لم يرفع المترافعان الأمر إليه، فإذا رفعا، يصير القاضى مخاطباً بالقضاء و إنهاء الخصومهٔ، و كلّما يعدّ مقدّمهٔ لرفع المخاصمهٔ يكون جائزاً له فيسأل عن بيّنته، و على فرض وجودها يأمر بالإحضار، و إذا حضر يسألها عن حقيقهٔ الحال و إذا تمّت المقدّمات، يحكم، و يُنهى القضاء و يُرخص المترافعين و إن أرادا أو أراد أحدهما تحرير المحضر، يكتب لهما محضراً. و جواز كلّ ذلك يعلم من الخطاب المتوجّه إلى القاضى بفصل الخصومهٔ.
و ما ذكر فى مقالهٔ القائل بالتوقّف من أنّه ربّما يكون للمدّعى غرض فى عدم الحكم غير تامّ لأنّ القاضى أُمر بإنهاء الخصومهٔ، لا بتأمين غرض المدّعى، على أنّه ربّما يتعلّق غرض المنكر بالحكم، و فصلها و إن كان غرض الآخر إبقاءها بحالتها فلا وجه لتقديم أحد الغرضين على الآخر.
نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۱۶

الرابعهٔ: فى إحلاف المنكر مع إمكان إقامهٔ البيّنهٔ

إنّ القضاء باليمين (مع وجود البيّنهٔ للمدّعى سواء أ كانت حاضرهٔ فى مجلس القضاء أم لا و لكن أمكن إحضارها بسهولهٔ)، يحتاج إلى إطلاق فى دليل القضاء باليمين و إلّا فشأن المدّعى، إقامهٔ البيّنهٔ، لا التحليف، و القدر المتيقّن منه ما إذا لم تكن له بيّنهٔ.
إنّ ما ذكرناه هو مقتضى القاعدهٔ و مع ذلك ذهب المحقّق النراقى فى المستند إلى خلاف ما ذكرناه فقال:
لا يتعيّن على المدّعى إذا كانت له بيّنهٔ، إحضارُها، و لا حاضرهٔ، إقامتُها، بل يجوز له الإحلاف حينئذ أيضاً بمعنى أنّ المدّعى الذى له بيّنهٔ، مخيّر بين إقامهٔ البيّنهٔ و التحليف، و للحاكم تخييره و صرّح به فى التحرير، و نفى بعض مشايخنا عنه الخلاف فى صورهٔ عدم حضور البيّنهٔ ثمّ قال: بل ذكر جماعهٔ من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدّعى بين إحلافه و إقامهٔ البيّنهٔ و لو كانت حاضرهٔ لأنّ الحقّ له، فله أن يفعل ما يشاء منها. و نسب بعض فضلائنا المعاصرين تخييره مطلقاً إلى المستفادهٔ من الأدلّهٔ قال: فلا يتوهّم أنّه مع إمكان البيّنهٔ لا يجوز التحليف. «۱»

أقول: إنّ المستدل جعل المدّعی نفس الدلیل. فمن أین ثبت أنّ للمدّعی حقّ التحلیف مع إمکان إقامة البیّنة. و قد سبق منّا مراراً بأنّ قولهم: «البیّنة للمدّعی و الیمین علی من ادّعی علیه» فی مقام بیان وظیفة القاضی، لا بصدد بیان حقّ المدّعی فقد ورد فی غیر واحد من الروایات أنّ نبیّاً اشتکی إلی ربّه فقال: یا ربّ! کیف أقضی بما لم تر عینی و لم تسمع أُذنی؟! فقال: اقض علیهم بالبیّنات و أضفهم إلی اسمی یحلفون به. «۲»

---

(۱) النراقی، مستند الشیعة: ۲/ ۵۲۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۷

نعم استدلّ النراقی بإطلاق روایات أُخری، و تبعه السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروة و إلیک تبیین دلالتها:

۱- صحیحة ابن أبی یعفور: «إذا رضی صاحب الحقّ بیمین المنکر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت الیمین بحقّ المدّعی فلا دعوی له، قلت له: و إن کانت له بیّنة عادلة؟ قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسین قسامة ما کان له، و کانت الیمین قد أبطلت کلّ ما ادّعاه قبله ممّا استحلفه علیه». «۱» و الاستدلال مبنی علی وجود إطلاق فی قوله: «و إن کانت له بیّنة» شامل لما کانت له بیّنة قبل الحلف و بعده.

یلاحظ علیه: بأنّ الذیل دلیل علی أنّ المراد ما إذا تمکّن منها بعدها لا ما إذا کانت موجودة من أوّل الأمر، بشهادة قوله: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله ... فإنّ الإقامة کنایة عن التمکّن منها بعد ما لم یکن متمکّناً منها» ضرورة أنّه لو کانت له بیّنة حین القضاء، لما عدل عنها إلّا فی الفرض النادر الذی تنصرف عنه الروایة.

۲- إطلاق روایة محمّد بن قیس فی حدیث اشتکی نبی إلی ربّه إلی أن قال له: «ردّهم إلیّ و اضفهم إلی اسمی یحلفون به». «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الحدیث لیس فی مقام البیان حتّی یؤخذ بإطلاقه و إنّما هو بصدد بیان کیفیة القضاء و الإجابة علی سؤال النبی بأنّه کیف یقضی فیما لم تره عینه و لا سمعه أُذنه.

و مع ذلک فإنّ هنا روایات تردّ القول بالتخییر و إن حاول النراقی تأویلها و إلیک الإشارة العابرة إلیها:

۱- صحیحة سلیمان بن خالد فی اشتکاء بعض الأنبیاء و ما أُجیب به فقد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۸

جاء فیها: «أضفهم إلی اسمی فحلِّفْهم به و قال هذا لمن لم تقم له بیّنة». «۱» وجه الاستدلال، أنّ الظاهر أنّ مرجع اسم الإشارة فی هذا هو مشروعیّة القضاء بالیمین لا تعیّنه، فما احتمله النراقی من کونها بصدد بیان أنّ تعیّنه لمن لم تقم له البیّنة غیر تام.

و قد عرفت أنّ عدم قیام البیّنة کنایة عن عدم وجودها، لا وجودها و عدم إحضارها فما احتمله النراقی فی هذا المورد من أنّ الشرط أعم من عدم الوجود أو عدم الإقامة غیر تامّ. لأنّ غایة ما یمکن أن یقال أنّ قوله: «لم تقم له البیّنة» یراد منه الأعم من عدم الوجود أو عدم الوصول إلیه، لا ما إذا کانت متیسّرة حاضرة فی المحکمة أو خارجها لکن یمکن إحضارها.

۲- مرسلة یونس فجاء فیها: «فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدَّعی علیه». «۲» فالظاهر تبیین مشروعیّة القضاء بها بمعنی أنّه لا تصل النوبة إلیها إلّا بعد عدم الشاهد. و بذلک یعلم ضعف ما یقال بأنّ جزاء الشرط هو کون الیمین متعیّناً أو لازماً علی المدّعی علیه.

۳- ما فی تفسیر الإمام: «و إن لم یکن له بیّنة حلف المدّعی علیه» «۳» و بذلک یعلم أنّ المراد من قوله فی صحیحة سلیمان بن خالد ۴:

«لم تقم له بيّنة» هو عدم وجودها، كما فى هذه الرواية.

و بذلك تقف على مدى صحّة قول السيّد الطباطبائى حيث يقول بعد ما نقل لبّ ما ذكره النراقى: و بالجملة لا ينبغى التأمّل فى تخيير المدّعى بين إقامة البيّنة و إحلاف المنكر خصوصاً إذا كان فى إقامتها صعوبة عليه أو لم يعلم أنّ الحاكم يقبل بيّنته أم لا، نعم يشكل العدول عن البيّنة المعتبرة بعد إقامتها إلى

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

الحلف مع عدم البعد فيه أيضاً. «۱»

الخامسة: سؤال القاضى المدّعى عليه عن الجارح

إذا أقام المدّعى البيّنة و زكّاها عدلان فهل يجب على القاضى سؤال المدّعى عليه عن الجارح أو لا؟

قال الشيخ: قال الحاكم للمدّعى عليه قد عُدِّلا عندى هل عندك جرح؟ فإن قال: نعم أنظَره لجرح الشهود ثلاثة. «۲»

قال المحقّق: «بعد أن يعرف القاضى عدالة البيّنة يقول: هل عندك جرح».

و الظاهر من العلمين كونه من وظائف القاضى و لأجل ذلك، استدرك صاحب الجواهر على المحقق و قال: «و فى وجوب ذلك إشكال»، و هناك من فصّل بين علم القاضى بعدالة البيّنة و ثبوت عدالتها بالتزكية فلا يجب فى الأوّل بخلاف الثانى و هو خيرة السيّد الطباطبائى، قال فى المسألة الرابعة: «إذا علم عدالتها و جامعيتها للشرائط لم يحتج إلى التزكية لجواز العمل بعلمه خصوصاً فى مسألة عدالة الشاهد و لا يلزم سؤال المدّعى عليه فى أنّه هل له جارح أو لا»، و قال فى المسألة التاسعة: «إذا أقام المدّعى على التزكية بيّنة مقبولة وجب على الحاكم أن يبيّن للمدّعى عليه أنّ له حقّ الجرح إذا لم يكن عالماً به». «۳»

و الظاهر وجوب السؤال مطلقاً إذا لم يكن عالماً بأنّ له حقّ الجرح، لأنّه القدر المتيقّن من دليل القضاء و ليس له إطلاق يعمّ صورة جهل الخصم بجواز الجرح بل اللازم أوسع فى ذلك، إذ يلزم سؤاله عن كلّ ما أُقيم عليه، من الأسناد و المحاضر و التقارير المكتوبة بخطّه، لاحتمال كونه مزوّراً و أنّ له المقدرة على

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۷۰، المسألة ۲.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.

(۳) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲، المسألة ۴ و ۹.

إثبات التزوير و عليه يدور القضاء فى المحاكم العالمية و أمّا علم القاضى بعدالتهما شخصيّاً، فلا ينفى وجوب السؤال، لأنّ العلم بعدالتهما لا ينافى وجود الاشتباه فى شهادتهما و لعلّ فى وسع الخصم أن يثبت خطئهما فى الشهادة.

السادسة: إذا استمهل المدّعى عليه فى إحضار الجارح

إذا استمهل المدّعى عليه فى إحضار الجارح فهل يجب الإنظار أو لا، و على فرض الوجوب فهل المدّة محدّدة بثلاثة أيّام أو لا؟

أمّا الأوّل فقد استدل له باحتمال صدق الخصم، و الأولى الاستدلال، بأنّ القضاء أمر عرفى و الإطلاقات ناظرة إلى المتعارف منه و المتعارف هو الإمهال على وجه لا ينتهى إلى الإهمال فى أمر القضاء و المسامحة فيه و ما نقله عن كاشف اللثام من أنّ الحاكم ينفّذ حكمه و الخصم على حجّته إذا ثبت الفسق «۱» غير تام. و ذلك لأنّ صحّة القضاء فرع تماميّة ميزان القضاء لأنّه إذا كان احتمال المعارض أمراً عقلائياً فالقول بتماميّة ميزان القضاء أمر مشكل خصوصاً إذا كان إحضار الجارح أمراً سهلًا، لا يعدّ تعطيلًا للقضاء، و لا مسامحة فيه، بل إمعاناً و دقّة.

و أمّا مدّة الإنظار فقد نسب إلى المشهور أنّه ثلاثة أيّام من غير تفصيل بين بعد المسافة و قربها.

ثمّ إنّ الدليل على وجوب الإنظار ما ذكرناه من انصراف دليل القضاء إلى المتعارف نعم استدل للإمهال بمرسلة سلمة بن كهيل عن على عليه السلام: «و اجعل لمن ادّعى شهوداً غُيّباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقّه و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية». «۲»

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۹۳، نقلًا عن كشف اللثام.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۱

و مورد الحديث فى إمهال المدّعى لأن يحضر الشهود الغُيّب و العرف يساعد، إلغاء الخصوصية و شموله لإمهال المدّعى عليه لإحضار شهوده الغُيّب للجرح و عدم التقييد بثلاثة دليل على أنّه تختلف مدّة الإنظار حسب بعد المسافة و قربها و إمكان التوصّل بها. اللّهمّ إلّا أن يقال بتوقف الإحضار على مرور زمان، لا يتحمل به عادة ففى مثله يصحّ أن يقال أنّه يقضى، و الخصم على حجّته.

السابعة: لا حلف مع إقامة البيّنة

اشارة

اتّفق الأصحاب على أنّه لا يُستحلف المدّعى مع البيّنة القابلة لإثبات الحقّ.

قال الشيخ: و لم يستحلف المدّعى مع بيّنته و قال بعض من تقدّم: لا يحكم له بالبيّنة حتّى يستحلفه معها. «۱»

و يكفى فى ذلك ما تضافر عن رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: أنّ البيّنة للمدّعى و اليمين على من ادّعى عليه أو من أنكره و التفصيل قاطع للشركة. و يدلّ على الحكم مضافاً إلى ما عرفت غير واحد من الروايات. «۲»

نعم ورد فى مرسلة سلمة بن كهيل: «و ردّ اليمين على المدّعى مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» «۳»، و هذا الموضع منها مرفوض لم يعمل به أحد، و سلمة بن كهيل زيدى بترى، لا يؤخذ بما تفرّد به.

نعم يستثنى منه، ما إذا كانت الدعوى على ميّت فقد تفرّد اثنان من القدماء على ضمّ اليمين إلى البيّنة أحدهما الصدوق فقد عقد باباً لهذا و قال: «باب الحكم

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۲

باليمين على المدّعى على الميّت هنا بعد إقامة البيّنة» «۱» و الآخر الشيخ فى المبسوط. «۲» و لم نجد من نصّ على الحكم من عصر

الشيخ (۴۶۰۳۸۵ ه) إلى عصر المحقّق (۶۷۶۶۰۲ ه) نعم اشتهر القول به من عصره و إليك بعض الكلمات:
قال المحقّق: و لا يُستحلف المدّعى مع البيّنة إلّا أن تكون الشهادة على ميّت فيُستَحلف على بقاء الحقّ فى ذمّته استظهاراً. «۳»
و قال العلّامة: و لا يستحلف المدّعى مع البيّنة إلّا أن تكون الشهادة على ميّت أو صبىّ أو مجنون أو غائب فيُستحلَف على بقاء الحقّ استظهاراً يميناً واحدة و إن تعدّد الوارث. «۴»
و قال الشهيد الثانى: و إن كانت الدعوى على ميّت فالمشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف أن المدّعى يستحلف مع بيّنته على بقاء الحقّ فى ذمّة الميّت و لكن تردّد فى كون الحكم إجماعياً. «۵»
و قريب منه فى مجمع الفائدة و إن ناقش فى مستند الحكم سنداً و دلالة و خرج باستحباب الحلف فى النتيجة كما سيوافيك. «۶»
و الغور فى كتب الأصحاب يوقفنا على مكانة المسألة و أنّه ليس هناك إجماع و من العجب ادّعاء صاحب الجواهر فيها الإجماع حيث قال: لم يصرّح به أحد قبل المصنف غير الشيخ إلّا أنّ ذلك غير قادح فى تحصيل الإجماع على بعض طرقه المقرّرة فى الأُصول و لذا حكاه الصيمرى عليه هنا فلا ريب فى الاستدلال به بناء على حجّية مثله. «۷»

---

(۱) الصدوق، الفقيه: ۳/ ۳۸، الباب ۲۶.
(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.
(۳) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۵.
(۴) العلامة، إرشاد الأذهان: ۲ و قريب منه عبارة القواعد لاحظ مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۸۹.
(۵) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۰
(۶) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۰۱۵۶.
(۷) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۵۱۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۳
أقول: إنّ ادّعاء الإجماع لا يصحّ على تمام المبانى فى ادّعائه إلّا الادّعاء على وفق القاعدة، و أنّهم قدّس الله أرواحهم لو كانوا ملتفتين لمصدر الحكم كما التفتنا، لأفتوا به و هو كما ترى و هذا ممّا يسيئ الظنّ بكثير من الإجماعات المدّعاة.

و الدليل عليه روايات ثلاث:

الأُولى: خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الرحمن البصرىّ

قال: «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأُقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعى، اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و أنّ حقّه لعليه، فإن حلف و إلّا فلا حقّ له لأنّا لا ندرى لعلّه قد أوفاه ببيّنة لا نعلم موضعها أو غير بيّنة قبل الموت فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة، فإن ادّعى بلا بيّنة فلا حقّ له، لأنّ المدّعى عليه ليس بحىّ، و لو كان حيّاً لأُلزِمَ اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه، فمن ثمّ لم يثبت الحق». «۱»
و قد أمعن النظر فيها المحقّق الأردبيلى و ذكر انّه يستفاد منها أحكام (ثمانية) على خلاف القاعدة ثمّ ضعف الرواية بالوجوه التالية:
۱- فى سندها محمّد بن عيسى بن عبيد اليقطينىّ.
۲- و ياسين الضرير المهمل فى الرجال.
۳- من أين نعلم أنّ المراد من الشيخ هو الإمام الكاظم عليه السلام؟
۴- عدم التصريح بتعدّد البيّنة. «۲»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) عبارة المجمع فی المطبوع هکذا: لعدم التصریح یتعذّر البینة و هو تصحیف «تعدّد» البینة کما هو کذلک فی مفتاح الکرامة و عبّر عن الإشکال فی الجواهر بقوله: «لاحتمال إرادة غیر الشاهدین من البیّنة».

۵ ظاهرها وجوب الیمین المغلّظ و لا قائل به.

۶- یمکن حمل الیمین علی التقیة أو الاستحباب. «۱»

و الحقّ أنّ هذه المناقشات دون مقام الأردبیلی و لأجل ذلک قال صاحب الجواهر: لا یستأهل للردّ فإنّ دفعها واضحة جدّاً و أجاب عنها فی مفتاح الکرامة علی وجه التفصیل. «۲» فلاحظ.

الثانیة: صحیحة محمّد بن الحسن الصفار:

اشارة

کتب إلی أبی محمّد الحسن بن علی علیهما السَّلام.

أ: هل تقبل شهادة الوصیّ للمیّت بدین له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع علیه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلی المدّعی الیمین».

ب: و کتب أ یجوز للوصیّ أن یشهد لوارث المیّت صغیراً أو کبیراً و هو القابض للصغیر و لیس الکبیر بقابض؟ فوقّع علیه السلام: «نعم و ینبغی للوصیّ أن یشهد بالحقّ و لا یکتم الشهادة».

ج: و کتب أو تُقبل شهادة الوصیّ علی المیّت مع شاهد آخر فوقّع: «نعم من بعد یمین». «۳»

و الاستدلال یتوقّف علی دراسة الأسئلة الثلاثة الواردة فیه.

تحلیل السؤال الأوّل:

الظاهر من قوله: «للمیّت بدین له علی رجل» أنّ المیّت من له الدین،

(۱) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۰.

(۲) السیّد العاملی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۹۰.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

و الرجل الظاهر فی کونه حیّاً من علیه الدین، و قام شاهدان أحدهما الوصی و الآخر غیره. ففی مثله، فرض الیمین علی المدّعی، و هل المدّعی هو الوصیّ، أو أولاد المیّت و ورّاثه، الظاهر هو الثانی، و علی کل تقدیر فلا یخلو هذا الشق من تأملات:

۱- کیف تقبل شهادة الوصی فیما هو وصیّ فیه خصوصاً إذا کان وصیاً للمیّت و قیّماً للصغیر فإنّ الشهادة عندئذ تجرّ نفعاً لجواز أکل الوصیّ من ماله حسب الحاجة؟ «۱»

أقول: یمکن أن یقال: إنّ الوصیّ لیس من الشهود و ذلک بوجهین:

أ: احتمال رجوع ضمیر «معه» فی کلام الإمام إلی «الشاهد الآخر العدل» الوارد فی کلام الراوی و عندئذ یخرج الوصی عن کونه

شاهداً.

ب: نفترض أنّ الضمير فی «معه» يرجع إلی الوصی، و المعنی إذا كان مع الوصی، شاهد آخر عدل «فعلی المدّعی اليمين» و ذلك لعدم الاعتبار بشهادة الوصیّ بل الاعتبار بالشاهد الآخر، و يمين المدّعی. نعم عند ذاك تصير لفظة «معه» زائداً و مستدركاً لعدم العبرة بشهادة الوصیّ بل بيمين المدّعی سواء كان وصيّاً أو ولد الميّت.

۲- إذا قامت البيّنة علی الدين، فما الحاجة إلی يمين المدّعی، مع كون المدّعی عليه حيّاً؟

أقول: الإشكال متوجّه علی ما افترضناه فی الفرض الأوّل و هو العبرة بشهادة الوصی و العدل الآخر و أمّا علی الفرض الثانی، من كون الحجّة هو العدل و اليمين فلا.

(۱) لقوله سبحانه: (وَ ابْتَلُوا الْيَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ وَ لا تَأْكُلُوها إِسْرافاً وَ بِداراً أَنْ يَكْبَرُوا، وَ مَنْ كانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (النساء/ ۶).

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۶

علی انّه يمكن تصحيحه علی الفرض الأوّل، إذا افترضنا، كون المديون ميّتاً و اليمين للاستظهار إذ لعلّه وفی دينه فيكون دليلًا علی المقام أيضاً.

تحليل السؤالين: الثانی و الثالث

أمّا السؤال الثانی فهو يشمل علی جواز شهادة الوصی فيما هو وصی فيه. و هی غير معتبر لجرّ النفع كما عرفت.

و أمّا الثالث: فالمفروض فيه خلاف الصورة الأُولی، فقد افترض الميّت مديوناً لدائن فلا تقبل الشهادة علی الميّت إلّا بعد يمين.

و عندئذ يتوجّه السؤال التالی:

المشهور أنّ للوصی قضاء دين الميّت إذا كان عالماً به مع أنّ ظاهر الرواية (الجواب الثالث) عدم جوازه إلّا مع يمين المدّعی.

و يمكن أن يكون وجه التعليق علی يمين المدّعی عدم علم الوصیّ بالبقاء، و الظاهر أنّ المراد من اليمين هو يمين المدّعی و هو فی المقام غير المدّعی فی الأوّل.

و بذلك يندفع ما ربّما يقال من أنّ ظاهرها انّه لا يجوز للوصی أن يقضی دين الميّت مع علمه به و إن كان مع عدل إلّا مع يمين المدّعی و هو خلاف ما تقرّر. «۱»

و ذلك لاحتمال عدم علمه بالبقاء أو لدفع التهمة عن نفسه و علی كلّ تقدير يمكن أن يكون مؤيداً لهذا الاستثناء.

ثمّ إنّ للصفّار صحيحة أُخری جاء فيها تنفيذ الشهادة علی الميّت من دون ضمّ يمين فتكون مخالفة لما ذكر.

روی أنّه كتب إلی أبی محمّد عليه السلام رجل أوصی إلی ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّ علی الميّت

(۱) مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۷

بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار فوقّع عليه السلام: «نعم علی الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحسبوه بذلك».

«۱»

و يمكن الجواب بأنّه إذا كان التعارض، تعارض الإطلاق و التقييد، تقيد الثانية بالأُولی و لا إشكال. و لا يلزم تأخير البيان عن وقت

الحاجة.

الثالثة: سليمان بن حفص المروزى

إنّه كتب إلى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالًا و أنّ عنده رهناً فكتب عليه السلام:

۱- «إن كان له على الميّت مال و لا بيّنة له عليه فليأخذ ماله بما فى يده و ليردّ الباقى على ورثته».

۲- «و متى أقرّ بما عنده، أُخذ به و طولِب بالبيّنة على دعواه و أُوفىَ حقّه بعد اليمين».

۳- «و متى لم يقم البيّنة و الورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون انّ له على ميّتهم حقّاً». «۲»

إنّ الإمام فى الفقرة الأُولى يرشده إلى كيفية استنقاذ ماله.

كما أنّه فى الفقرة الثانية، يبيّن الحكم الشرعى و أنّ من أقر بمال عنده للغير يؤخذ منه المال، و يُطالب بالبيّنة بالنسبة إلى الدين الذى يدّعيه و عندئذ شقان:

۱- إن أقام البيّنة، فلا بدّ من ضمّ اليمين إليه و هو ظاهر قوله فى الفقرة الثانية: «و أُوفى حقّه باليمين» بالبناء على المجهول.

۲- إذا لم يقم البيّنة، فهذا ما جاء فى الفقرة الثالثة و حاصله أنّه ليس للمرتهن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۵۰ من كتاب الوصايا، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۰ من أبواب الرهن، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۲۸

على الورثة سوى التحليف بنحو يمين علم، لا حلفاً على أنّ الواقع كذلك لأنّ المفروض عدم علمهم به.

و بعد دراسة الروايات الثلاث، تبيّن لزوم اليمين و وجوبه، و إن ذهب الأردبيلى إلى خلافه. و حمله على الاستحباب أو التقية، و الثانى لا وجه له و الأوّل على خلاف الظاهر فتدبّر.

و ليعلم أنّ محلّ البحث ما إذا ادّعى المدّعى اشتغالَ ذمّة الميّت بالدين إلى زمان الموت، و لكن شهدت البيّنة على أصل الاشتغال، لا على بقائه إلى حينه. و أمّا إذا قامت البيّنة على الاشتغال إلى زمانه فهو خارج عن موضوع الروايات، لقيام الحجّة الشرعية على الاشتغال إلى حينه و لا موضوع للاستظهار حتّى يُكلّف باليمين فقوله فى رواية البصرى: «لعلّه قد أوفاه ببيّنة لا يعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت» غير صادق فى هذه الصورة و ليكن هذا ببالك فإنّه يفيدك فى المستقبل ففى كثير من الكلمات خلط بين الصورتين.

التعدّى عن مورد النصوص إلى غيره

اشارة

إنّ هنا موارد للمسألة غير منصوصة يجب استنباط حكمها منها أو من غيرها و ذلك لأنّ المنصوص فى السؤال الثالث يشتمل على قيود يكفى فى كون المورد خارجاً عن النصوص، ارتفاع قيد منها فالقيود الواردة فيه عبارة:

۱- احتمال براءة ذمّة الميّت لأجل احتمال الايفاء فهل يتعدّى منه إلى ما إذا كان احتمال البراءة مستنداً إلى غير الإيفاء، كالإبراء و محاسبته من باب الحقوق؟

۲- إنّ المدّعى فى النصّ هو صاحب الحقّ، فهل يتعدّى فيه إلى وارثه أو وصيّه؟

۳- انّ المدّعى به فى النصّ هو الدين فهل يتعدّى منه إلى ما إذا كان العين؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۲۹

۴ إنّ المثبت للحقّ فى النصّ هو الشاهدان فهل يتعدّى منه إلى ما كان المثبت هو الشاهد و اليمين؟

۵- إنّ المدّعى عليه فى النصوص هو الميّت فهل يتعدّى منه إلى من هو بمنزلته كالمجنون و الصغير و الغائب؟ و إليك البحث عن هذه الموارد واحداً بعد الآخر.

۶- إذا استمهل المدّعى لإحضار البيّنة.

الأوّل: إذا احتمل الإبراء

إذا علم عدم الوفاء و لكن يحتمل الإبراء أو أداء الغير أو الوصيئة بإيفاء الورثة، مع وفاتهم. و بعبارة أُخرى: إذا علم عدم الوفاء و لكنّه يحتمل أنّ المدّعى قد أبرأه فى زمان أو حاسبه من باب الحقوق الواجبة أو غيره فالظاهر لزوم اليمين بنفس العلّة الواردة فى رواية عبد الرحمن البصرىّ و احتمال الوفاء من باب المثال.

الثانى: إذا كان المدّعى وارثَ الميّت

إذا كان المدّعى على الميّت وارث صاحب الحقّ أو وصيّه فله صور أربع حسب اتّفاقهما على أصل الدين أو على بقائه إلى زمان الموت أو اختلافهما فى ذلك.

أ: أن يدّعى أصل الدين، و شهدت البينة على أصل الدين.

ب: أن يدّعى بقاء الدين إلى زمان الموت و شهدت البيّنة على بقائه إلى حين الموت.

ج: إذا ادّعى الوارث بقاءه إلى حين الموت و شهدت البيّنة على أصل الدين.

د: عكس الصورة الثالثة.

يعلم حكم الأوّلين ممّا ذكرنا فى الفرع الأوّل فلا يقضى فى الأُولى إلّا باليمين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳۰

دون الثانية لقيام الحجّة التامّة على الاشتغال فيها فلا حاجة إلى اليمين.

إنّما الكلام فى كيفية الحلف فى الصورة الأُولى، فهل يحلف الوارث حلفاً بتّياً اعتماداً على الاستصحاب و الحكم الظاهرى أو يحلف على نفى العلم بالوفاء، و الإبراء، أو تسقط اليمين و يدخل تحت عمومات حجّية البيّنة، أو يدخل تحت روايات المسألة غاية الأمر لا يقضى بشيء لعدم التمكّن من الحلف و إن كان فيه معذوراً، وجوه.

احتمل صاحب الجواهر أن يكون له الحلف على البَتّ، على مقتضى الاستصحاب، كما يجوز الحلف على مقتضى اليد لأنّ سقوط الحقّ مع وجود البيّنة مناف لمذاق الفقه. «۱» و لكنّه غير تام كما اعترف به لانصراف الروايات إلى الحلف مع العلم، لا الحلف مع الشكّ.

و مثله الصورة الثانية، إذ ليس فى عدم علمه بالوفاء و عدمه، اختلاف بين الطرفين فتكون اليمين بهذا النحو لغواً، نعم لو ادّعى على الوارث بعلمه بالوفاء لكان له وجه، لكنّه خلاف المفروض.

و الظاهر هو الاحتمال الثالث لبعد سقوط الحقّ مع وجود البيّنة، و اليمين فى جانب المدّعى على خلاف القاعدة فتختصّ بمورد الإمكان فيكون المرجع هو إطلاق حجّية البيّنة، و اختار السيّد الطباطبائى الوجه الرابع قائلًا بأنّ حاله حال مورّثه، فكما أنّه لو لم يجزم ببقاء الحقّ و عدم الوفاء لا يجوز له أن يحلف و لا يَثبت حقّه، فكذا لا يجوز له و حينئذ لا يثبت الحقّ لعدم تمامية الحجّة. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ القدر المتيقّن فى المخصّص لدليل حجّية البيّنة فيما إذا أمكن له الحلف، كما فى المورّث، دون ما لا يمكن فالأخذ بإطلاق الأدلّة أولى من إهمالها. و إن كان التصالح أحسن.

(۱) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۸.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۸۲.

و فی الصورة الأولی هل تکفی یمین واحدة أو تتعدّد حسب تعدّد المورد؟ وجهان: اختار صاحب الجواهر کفایة الیمین الواحدة قائلًا بأنّ مقتضی إطلاق النص، اعتبار یمین واحدة فی تمامیة حجّیة البیّنة. «۱» و ذهب السیّد الطباطبائی إلی تعددها و أنّه لا بدّ من حلف کلّ منهم علی بقاء مقدار حقّه من الإرث و لا- یکفی حلف بعض منهم عن الجمیع نظیر إثبات الحقّ بالشاهد و الیمین مع تعدّد المدّعین فلو لم یحلف بعضهم لعدم علمه لم یثبت مقدار حقّه. «۲» و الحاصل أنّ صاحب الجواهر اختار أنّ الیمین متمّم لحجّیة البیّنة و لیست جزء مثبتاً للحقّ، بخلاف السیّد فإنّه جعله جزءاً للحجّة.

و الظاهر عدم الفرق بین المبنیین، إذا کانت للیمین مدخلیة فی الإثبات سواء کان جزء مثبتاً أو متمّماً، و الأولی أن یقال إنّه تکفی یمین واحدة، لأجل کونها استظهاریة، تحرّزاً من إیفائه من دون أن تطلع علیه البیّنة. و إلّا فالبیّنة، حجّة تامّة، و تکفی فی الاستظهار یمین واحدة و إن کان الأولی التعدد.

و ممّا ذکرنا یعلم حکم الصورة الثالثة فیحلف المدّعی علی وجه البتّ و فی الصورة الرابعة یقضی بلا یمین لتمامیة الحجّة.

الثالث: هل یقتصر علی الدین أو یتعدّی إلی العین؟

هل یختصّ الحکم بالدین أو یشمل العین أیضا بل کلّ دعوی علی المیّت سواء کانت عیناً أو دیناً، أو منفعة أو حقّاً کحقّ الرهانة و حقّ الخیار؟ قال الشهید: یجب الاقتصار علی ما دلّ علیه من کون الحلف علی المدّعی مع دعواه الدین علی المیّت کما یدلّ علیه قوله: «و أنّ حقّه لعلیه و إنّا لا ندری لعلّه أوفاه»، فلو کانت الدعوی عیناً فی یده بعاریة أو غصب، دفعت إلیه مع البیّنة من غیر یمین. و لو لم یوجد فی الترکة و حکم بضمانها للمالک ففی إلحاقها حینئذ بالدین نظراً

(۱) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۸.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۹۷.

إلی انتقالها إلی الذمّة أو العین نظراً إلی أصلها وجهان: أجودهما الثانی «۱» و تبعه النراقی فی المستند و نسبه إلی العلّامة فی القواعد، و الفاضل المقداد فی التنقیح، لاختصاص النصّ بالدین قال:

أمّا الصحیحة (صحیحة الصفار) فلتصریحها بالدین و أمّا الروایة (عبد الرحمن بن أبی عبد الله) فلظهورها فیه لمکان لفظ «الحقّ»، و «لعلیه» و «أوفاه»، نعم رویت الصحیحة فی الکافی مجرّدة عن لفظ «بدین» و أمّا النسخ المصححة عندی فکلّها مشتملة علی لفظ «بدین» و أمّا ما قیل «انّ النصّ و إن کان مخصوصاً بالدین إلّا انّ مقتضی التعلیل المنصوص و هو الاستظهار، العموم» ففیه انّ العلّة هی احتمال الإیفاء و هو فی العین التی بیده غیر جار بل الجاری فیه احتمال النقل و نحوه. و غیر ذلک من التعلیل، مستنبط لا یعبأ به. «۲»

و إلیه ذهب صاحب الجواهر و حاصل النزاع أنّ المرجع هو عموم حجّیة البیّنة، أو الأخبار الثلاثة الخاصّة فالمشایخ یرجّحون کون المرجع، هو عموم أدلّة حجّیة البیّنة و لکن یمکن ترجیح القول الثانی بأنّ ذکر الوفاء فی روایة البصری من باب المثال، کالدین فی صحیحة الصفار، و أنّ المیزان، احتمال أمر، موجب لبراءة ذمّة المیّت من وفاء أو نقل جدید و قد تقدّم أنّه لو احتمل الإبراء أو المصالحة، فهما أیضاً یلحق باحتمال الوفاء و أنّه جیء به بعنوان المثال لکونه الغالب. و التعلیل بأمر ارتکازی لا تعبدیّ فیکون جمیع

الاحتمالات المتشابهـة سواسـية من غير فرق بين بقاء العين أو تلفه و من غير فرق عند التلف بين تلفه فى حياة القابض، أو بعد موته، و ما يظهر من صاحب الجواهر «۳» من التفريق بين التلفين و أنّه لو تلف فى زمانه فهو داخل تحت الخبر (البصرى و الصفار) و لو تلفت بعده فالخبران قاصران عن شموله، غير تام.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

(۲) النراقى، المستند: ۲/ ۵۲۱.

(۳) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۹۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۳۳

و مع ذلك كلّه فالحقّ هو عـدم الإلحاق مطلقاً و ذلك لأنّ البيّنـة لا تخلو إمّا أن تشـهد على كون العين باقيـة على ملك المـدّعى إلى حين موت القـابض أو تشـهد على أنّهـا كـانت ملكـاً له. من دون الشـهادة، على بقائها إلى حينه، فعلى الأوّل يقضـى بها من دون يمين لعـدم الحاجـة إلى الاسـتظهار بعـد قيـام البيّنـة على كونهـا باقيـة فى ملك المـدّعى، و أمّا على الثانى فلا تفى البيّنـة بإثبات بقائها ملكاً للمدّعى إلّا بضم اليمين اعتماداً على الاستصحاب و هو محكوم بقاعدة اليد و ليس للقاضى الاعتماد على الاستصحاب و القضاء به، مع كون المدّعى عليه ذات اليد. و توهم عدم حجّية اليد فى تلك الموارد كما ترى.

فتحصل أنّ العين لا يلحق بالدين، إمّا لعدم الحاجة إليه، و إمّا لعدم تماميّة ميزان القضاء كما لا يخفى.

الرابع: هل يقتصر على الشاهدين أو يتعدّى منه إلى الشاهد و اليمين؟

الظـاهر من المحقّق الآشتيـانى أنّ القضاء بالشاهـد و اليمين على الميّت ممّا لا غبار عليه إنّما الكلام فى كفايـة اليمين الواحـدة أو لزوم الحاجـة إلى يمينين قال: «ثمّ الكلام فيهما ليس من حيث كونهما كالبيّنة فى ثبوت الحقّ بهما فإنّه ممّا لا إشـكال فيه و إنّما الكلام فيها من حيث الاحتياج إلى يمينين أو كفايـة يمين واحـد فقد يقال بلزوم تعدّد يمينين نظراً إلى تعدّد موجبهما و الأصل عدم التداخل و قد يقال بكفاية اليمين الواحدة نظراً إلى تأتى المقصود منها لها فلا داعى للتعدد.

و قد يفصّل فى المسألة بين ما إذا شـهد الشاهد بالحقّ الفعلى و باشتغال الذمّة فعلًا، و بين ما إذا شهد باشتغال الذمّة سابقاً كما إذا شهد على سبب الاشتغال فيحكم فى الثانى بالتعدّد و فى الأوّل بكفاية الواحد. «۱»

---

(۱) الآشتيانى: القضاء ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۳۴

و اختـاره السيّد الطباطبـائى و قـال: الأظهر وجوب الضمّ إذا كانت اليمين مع الشاهـد، على أصل ثبوت الحقّ من غير تعرّض لبقائه لأنّ اليمينين متغايران إحـداهما على أصل الاسـتحقاق و الأُخرى على بقائه، و إن كانت على الاسـتحقاق فعلًا ففيه وجهان من تغايرهما من حيث هى، و من عدم الفائدة فى تكرارهما. و الأظهر الأوّل و هو الأحوط إذ يكفى فى تغايرهما فى حدّ نفسهما فلا وجه للتداخل. «۱»

يلاحظ على ما ذكراه من أنّه إذا شهد بالحقّ الفعلى، فهو خارج عن موضوع الروايات، إذ بعد تماميّة الحجّة التامّة على الاشتغال بالفعل لا حاجة إلى الاستظهار باليمين.

ثمّ إنّ كفايـة الشاهـد و اليمين مطلقاً حتّى فى مورد الـدعوى على الميّت، يتوقّف على وجود الإطلاق فى الروايات و هو غير بعيـد فقد تضافر عن رسول الله انّه قضى بشاهد و يمين. «۲»

و بما أنّ اليمين فى المقام استظهارى و اليمين الواحدة تفيد فائدة الاثنتين، فلا وجه للتكرار و إن كان الأحوط عدم التداخل.

الخامس: إذا شهدت البيّنة على صبيّ أو مجنون أو غائب

إذا شـهدت البيّنـة على صبيّ أو مجنون أو غـائب فهـل تُضّمُ اليمين إلى البيّنـة أو لا؟ فقال المحقّق: «أشـبهه انّه لا يمين» «۳» و استقرب العلّامة فى القواعد ضمّها و قال: «و لو كانت الشهادة على صبيّ أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمّ اليمين

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۸۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم.

(۳) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۵.

و يَدْفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل». «۱» و ذكر الشهيد فى المسالك، أنّ فى المسألة قولين أشبههما عند المصنّف العدم وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النصّ و ذهب الأكثر إلى تعـدّى الحكم لمشاركتهم للميّت فى العلّـة، و هو أنّه ليس للمدّعى عليه لسان يُجيب به فيكون من باب منصوص العلّة، و لأنّ الحكم فى الأموال مبنىّ على الاحتياط التام و هو يحصل بانضـمام اليمين، ثمّ اختار هو القول الأوّل. و قد استدل على عدم الإلحاق بوجوه:

۱- مـا ذكره صـاحب المسالك من أنّ مورد النصّ و هو الميّت أقوى من الملحق به لأنّ جوابه قـد انتفى مطلقاً و ليس فى دار الـدنيا و الصبىّ و المجنون و الغائب لهم لسان يرتقب جوابهم. «۲»

يلاحـظ عليه: أنّ الموضوع الواقعى من لا- يسـتطيع على الـدفاع حين القضـاء لا- بعـده و الميّت ذكر بعنوان المثال و الغائب على فرض تسـليم الحكم فيه خرج بالدليل كما سـيوافيك و عندئذ يكون الملحق و الملحق به فى التعليل سيّان إذ ليس التعليل خروجه من الدنيا، أو لا يرجى جوابه حتّى يصحّ ما ذكره من الفرق، بل الحكم على شخص غير قادر على الدفاع فى مجلس القضاء.

۲- إنّ التعليل عبارة عن احتمال صدور عمل من الميّت صار موجباً لفراغ ذمّته، و هو غير متصوّر فى حقّهما.

يلاحـظ عليه: أنّ الوفـاء من بـاب المثـال و المقصـود سبق عمـل مـوجب للبراءة و إن لم يكن مسـتنداً إلى المـدّعى عليه، كالإـبراء و المحاسبة من باب الحقوق.

و الحاصـل أنّه يجب أن يكون التعليـل بـأمر ارتكازى و هو فى المقام مركّب من أمرين صـدور شـىء من الطرفين موجب للبراءة سواء كان إبراءً أو وفاءً، مع كون

---

(۱) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۲، قسم المتن.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

المحكوم عليه غير قادر على الدفاع فى مجلس القضاء و بذلك يندفع كلا الدليلين.

هـذا كلّه فى المجنون و الصـغير و أمّا الغائب فقـد ورد فيه النصّ من القضاء بالبيّنـة بلا ضمّ يمين، فعطفه عليها، فى غالب الكلمات غير صحيح.

روى الشـيخ بسـند صـحيح عن جميل بن درّاج عن جماعة من أصـحابنا، عنهما عليهما السـلام قال: الغائب يُقضـى عليه إذا قامت عليه البيّنـة و يبـاع مـاله، و يُقضـى عنه دينه و هو غـائب و يكون الغائب على حجّته إذا قـدم. قال: و لا يـدفع المال إلى الـذى أقام البيّنـة إلّا بكفلاء. «۱» و المراد من الكفلاء هو مطلق الضامن و لا يشترط فيه التعدّد كما هو المتبادر فى المقام.

و رواه الشیخ أیضاً عن محمّد بن مسلم و زاد: «إن لم یکن ملیاً» و مقتضی التعلیل المنصوص هو ضمّ الیمین، لأنّه قضاء علی إنسان غیر مستطیع علی الـدفاع، غیر أنّ الکفیل قام مقام الیمین کما أنّ قوّة حضور الغائب، فی المحکمة فی المستقبل و الاعتراض علی الحکم، هوّن الأمر و لم یقیّد بالیمین علی خلاف المجنون لاحتمال عدم إفاقته، و الصبی لاحتمال عدم ذکره.

إنّ هذا کلّه إذا ادّعی شخص دیناً له علی هؤلاء و أمّا إذا ادّعی ولیّ الطفل و المجنون دیناً لهما علی میّت، فلا یقضـی إلّا ببیّنة و یمین لأنّه ادّعاء علی المیّت فیدخل فی المنصوص و قد عرفت أنّ المراد بصاحب الحقّ هو الأعم من الأصـیل و غیره فالیمین علی الولیّ کما أنّ علیه إقامة البیّنة.

***

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱، و فی السند جعفر بن محمّد بن إبراهیم، و هو من مشایخ الإجازة، و عبد الله بن نهیک و هو عبد الله بن أحمد بن نهیک الثقة ذکره فی مفتاح الکرامة لاحظ: ۱۰/ ۹۴ و بذلک یندفع تضعیف المحقّق الأردبیلی.

السادس: إذا استمهل المدّعی لإحضار البیّنة

إذا رفع الشکوی إلی القاضـی و قال القاضی له: هل لک بیّنة؟ فقال: نعم لی بیّنة غائبة، فهل یجب الإمهال، أو یُقضی بیمین المنکر أو خُیّر بینهما؟ و لو اختار الإنظار، فهل تلزم علی القاضی مطالبة الکفیل من المدّعی علیه أو لا؟

قال الشیخ فی الخلاف: إذا ادّعی علی غیره حقّاً فأنکر المـدّعی علیه، فقال المدّعی لی بیّنة غیر أنّها غائبة، لم یجب له ملازمة المدّعی علیه و لا مطالبته بکفیل إلی أن تحضر البیّنـة و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفـة: له المطالبـة بذلک و ملازمته ثمّ استدل الشیخ علی مختاره بـأنّ الأصـل براءة الذمـة و من أوجب ذلـک فعلیه الدلالـة، و روی سـمّاک عن علقمـة بن وائل بن حجر عن أبیه أنّ رجلًا من کنـدة، و رجلًا من حضـرموت أتیا النبیّ صلّی الله علیه و آله و سلّم فقال الحضـرمی: «هـذا غلبنی علی أرضـی و ورثتُها من أبی و قال الکندی فی یدی أذرعها، لا حقّ له فیها فقال النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم للحضرمی: أ لک بیّنة؟ قال: لا، قال: لک یمینه، قال: إنّه فاجر لا یُبالی علی ما حلف، إنّه لا یتورّع من شیء فقال النبیّ: لیس لک منه إلّا ذاک» فمن قال له الملازمة و المطالبة بالکفیل فقد ترک الخبر. «۱»

و قال فی المبسوط: و إن کانت البیّنة غائبة قال له الحاکم: لیس لک ملازمته، و لا مطالبته بالکفیل، و لک یمینه أو یرسلَ حتّی یحضر البیّنة و قال قوم له ملازمته و مطالبته بالکفیل حتّی یحضر البیّنة و الأوّل أصحّ و الثانی أحوط لصاحب الحقّ. «۲»

و قال المحقّق فی الشرائع: و لو ذکر المدّعی أنّ له بیّنة غائبة خیّره الحاکم بین

---

(۱) الطوسی، الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۳۶؛ لاحظ صحیح مسلم، کتاب الأیمان: الجزء الأوّل، الباب ۶۱، برقم ۳۳ و ۲۲۴.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۰.

الصبر و إحلاف الغریم و لیس له ملازمته و لا مطالبته بکفیل. «۱»

و فی النافع اختیار الإمهال و قال: لو قال: البیّنـة، غائبـة أُجّل بمقدار إحضارها و فی تکفیل المدّعی علیه تردّد، و یخرج من الکفالة عند انقضاء الأجل. «۲»

أمّا التخییر بین الصبر و القضاء بالبیّنهٔ، و إحلاف الخصم فقد عرفت خلافه و أنّه مع إمکان الاحتجاج بالبیّنهٔ لا یحتجّ بالحلف، إلّا أن یکون الإحضار أمراً حرجیاً للمدّعی فیحتج بالحلف، و تؤیده روایهٔ سلمهٔ بن کهیل «و اجعل لمن ادّعی شهوداً غُیّباً أمداً بینهما فإن أحضرهم أخذت له بحقّه و إن لم یحضرهم أوجبتَ علیه». «۳»

إنّما الکلام فی أخذ الکفیل و الضامن، فربّما یقال بلزوم أخذه، لأنّ فی إطلاقه ضرراً علی المدّعی.

یلاحظ علیه: أنّ معنی حکومهٔ لا ضرر، أنّه یرفع الحکم الشرعی الضرری فی المورد و لیس الحکم بجواز إطلاقه حکماً ضرریاً، بل فیه احتمال الضرر، و مثله ما لو فسّر بما هو المختار عندنا من أنّ النفی بمعنی النهی و أنّه لیس لأحد، الإضرار علی الغیر، إذ لیس فیه إلّا احتمال الإضرار علی المدّعی، مضافاً إلی أنّ فی حبسه و ملازمته ضرراً حتمیاً علی الخصم.

و ربّما یقال بأنّ الأمر دائر بین أحد الضررین، امّا ضرر المدّعی بإطلاق الخصم، و إمّا ضرر المدّعی علیه، بحبسه أو طلب الضمان أو الکفالهٔ منه فتجب علی القاضی مراعاهٔ أقلّ الضررین.

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۵.

(۲) المختصر النافع: ۲۸۱ ط مصر.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱۰.

یلاحظ علیه: أنّ مورد المراعاهٔ إذا أُکره الإنسان بالإضرار علی شخص بأحد أمرین لا تساوی قیمتهما فعلی المورد، ارتکاب أقلّهما، لاما إذا کان هناک ضرر یدور أمره بالإیراد علی أحد الشخصین، فلا یصحّ تحمیل الضرر القلیل علی شخص، لدفع الضرر الکثیر عن الآخر. بل لا بدّ من ملاحظهٔ ضابط آخر محرّر فی مبحث لا ضرر.

نعم لو دلّت القرائن علی صحّهٔ مقالهٔ المدّعی و کان الضرر المحتمل، معظماً و کان الخصم فی مظنّهٔ الهرب و الفرار، کان له أخذ الضمان ولایهٔ و إلی ما ذکرنا یشیر الفاضل المقداد قال: و یقوی أنّ التکفیل موکول إلی نظر الحاکم فإنّ الحکم یختلف باختلاف الغرماء فإنّ الغریم قد یکون مطلقاً غیر مأمون فالمصلحهٔ حینئذ تکفیله و إلّا لزم تضییع حقّ المسلم و قد لا یکون کذلک بل یکون ذا مروّهٔ و حشمهٔ و مکنهٔ فلاـ حاجهٔ إلی تکفیله لعدم ثبوت الحقّ و الأمن من ضیاعه و ربّما یکون المدّعی محتالًا یکون طلبه للتکفیل وسیلهٔ إلی أخذ ما لا یستحقّه. «۱»

لا شکّ أنّ أخذ الضامن قبل ثبوت الحق، حکم ضرریّ لکن هذا المقدار من الضرر أمر لا بدّ منه فی باب القضاء، و الأدلّهٔ منصرفهٔ عنه و لأجل ذلک لا یعدّ إحضار المنکر إلی المحکمهٔ و السؤال عن الموضوع أمراً ضرریاً لأنّ القاضی مأمور بإحقاق الحقوق و لیس له طریق إلّا هذه الأُمور. و بالجملهٔ باب القضاء فی الإسلام موضوع علی هذا النوع من الضرر فلا یرتفع بالقاعدهٔ.

و منه یعلم حکم ما لو أقام شاهداً و استمهل إلی إقامهٔ شاهد آخر فمقتضی القاعدهٔ عدم وجوب أمر علی الخصم إلّا ما عرفت.

***

---

(۱) الفاضل المقداد، التنقیح الرائع: ۴/ ۲۵۳۲۵۲.

الفصل الثالث: فی سکوت المدّعی

اشارهٔ

قد تقدّم أنّ المدّعی علیه، إمّا أن یُقرّ، أو یُنکر أو یسکت، و قد مضی الکلام فی الأوّلین و بقی الکلام فی الثالث،

فإذا سکت و لم یجب بإثبات و لا نفی فهو علی قسمین:

اشارهٔ

إمّا أن یسکت عمداً و عناداً أو یسکت لآفهٔ فیه من طرش أو خرس. و الکلام فی القسم الأوّل.

[القسم الأول السکوت عمدا أو عنادا]

اشارهٔ

ثمّ إنّ السکوت إمّا مع وجود البیّنهٔ للمدّعی أو مع عدمها، لا خلاف فیما إذا أقام بیّنهٔ فإنّ القاضی یحکم بها و إن سکت المدّعی علیه إذ مع قیام الحجّهٔ یجب القضاء علی القاضی، غایهٔ الأمر یلزم علیه إلفات نظر المدّعی علیه إلی أنّ له جرح بیّنهٔ المدّعی أو نقد ما أقام من دلیل فإذا سکت فقد عمل القاضی بواجبه فیتمحض الکلام فی السکوت عن عمد، مع عدم البیّنهٔ للمدّعی.

ثمّ الأقوال فیه مختلفهٔ:

۱- یُلزم بالجواب فإن أصرّ حُبِس حتّی یجیب.
۲- یُجبر حتّی یجیب من غیر حبس بل یضرب و یبالغ معه فی الإهانهٔ إلی أن یحصل الغرض.
۳- یقول له الحاکم ثلاثاً: إن أجبت و إلّا جعلتک ناکلًا و رددت الیمین علی خصمک. علی القول بعدم القضاء بمجرّد النکول، و إلّا فیقضی علیه بلا حاجهٔ إلی ردّ الیمین.
و الأوّل هو المشهور، و الثانی لا قائل به و الثالث خیرهٔ الشیخ فی المبسوط و ابن
نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۴۱
إدریس فی السرائر. «۱»
و یظهر من العلّامهٔ قول رابع فی التحریر و هو أنّه قید الحکم بالنکول بالقول علیه باللطف و الغلظهٔ أوّلًا حتّی ینتهی إلی القضاء بالنکول. «۲»
کما أنّه یظهر من الشهید فی الروضهٔ «۳» قول خامس و هو التخییر بین الحبس و النکول بردّ الیمین علی المدّعی و هو خیرهٔ ابن البرّاج أیضاً. «۴»
ثمّ الظاهر من کلمات الفقهاء أنّه یکفی الحبس من دون شیء معه، لکن صاحب الریاض قدّم اللطافهٔ بالرفق، ثمّ بالإیذاء و الشدّهٔ متدرّجاً من الأدنی إلی الأعلی علی حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فإن أجاب و إلّا حبسه. «۵» و هذا یکون قولًا سادساً و لیس نفسَ القول الثانی، فإنّه مبنی علی الضرب حتّی یجیب. و إلیک نقل بعض الکلمات:
۱- قال المفید: إن کان صحیحاً و إنّما یتجاهل، و یعاند بالسکوت، أمر بحبسه حتّی یُقِرّ أو ینکر إلّا أن یعفو الخصم عن حقّه علیه. «۶»
۲- قال الشیخ الطوسی: إذا ادّعی علی غیره دعوی فسکت المدّعی علیه أو قال: لا أُقرّ و لا أُنکر فإنّ الإمام: یحبسه حتّی یجیبه بإقرار أو بإنکار و لا یجعله ناکلًا و به قال أبو حنیفهٔ و قال الشافعی: یقول له الحاکم ثلاثاً إمّا اجبتَ علی المدّعی و إلّا جعلناک ناکلًا و رددنا

الیمین علی خصمک، و قال: دلیلنا أنّ الأصل البراءة و ردّ الیمین فی هذا الموضع و جعله ناکلًا یحتاج إلی دلیل و لیس فی الشرع ما یدلّ علیه. «۷»

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸، آداب القضاء ۱۶؛ ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۶۲.

(۲) العلّامة، تحریر الأحکام: ۲/ ۱۸۹.

(۳) زین الدین العاملی، الروضة البهیة: ۱/ ۲۸۵، کتاب القضاء، ط عبد الرحیم.

(۴) ابن البرّاج، المهذَّب: ۲/ ۵۸۶.

(۵) السیّد علی الطباطبائی، الریاض: ۲/ ۳۴۳.

(۶) المفید، المقنعة: ۷۲۵.

(۷) الطوسی، الخلاف: کتاب القضاء، المسألة ۳۷.

۳ و قال فی نهایته: أمر بحبسه حتّی یُقر أو یُنکر إلّا أن یعفو الخصم. «۱»

۴- و قال ابن حمزة: إذا سکت عن الجواب تعنّتاً یحبسه الحاکم حتّی یُقرّ أو یُنکر إلّا أن یعفو الخصم. «۲»

۵- و قال ابن سعید: «و إن لم یجب و هو صحیح حبس حتّی یجیب». «۳»

۶- و قال ابن البرّاج بالتخییر بین جعله ناکلًا و الحبس و إن کان الأوّل أولی قال: فإن سکت أو قال: لا أقرّ و لا أُنکر، قال الحاکم له أن أجبت عن الدعوی و إلّا جعلتک ناکلًا و رددّت الیمین علی خصمک، و ذُکر أنّه یحبسه حتّی یجیب إمّا بإقرار أو بإنکار و لا یجعله ناکلًا و ما ذکرناه أوّلًا هو الظاهر من مذهبنا و لا بأس بالعمل بالثانی. «۴»

۷- و قال الشیخ فی المبسوط بالقول الثالث أی جعله ناکلًا. «۵»

۸- و قال ابن إدریس: و الصحیح من مذهبنا و أقوال أصحابنا و ما یقتضیه المذهب أنّه فی المسألتین (إذا سکت أو أقرّ بشیء و لم یبیّن) أنّه یجعله الحاکم ناکلًا و یردّ الیمین علی المدّعی. «۶»

دلیل القول بالحبس

استدل للقول الأوّل بوجهین:

۱- إنّ الجواب حقّ للمدّعی فیتوصّل فی تحصیله إلی حبسه کما إذا ثبت الحقّ بإقراره أو ببیّنة، مع إنکاره فیحبس حتّی یؤدّی.

یلاحظ علیه: أنّه ممنوع صغری و کبری.

(۱) الطوسی، النهایة: کتاب القضاء و الأحکام.

(۲) ابن حمزة، الوسیلة: ۲۱۲.

(۳) ابن سعید الحلی، الجامع للشرائع: ۲۵۴.

(۴) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۶.

(۵) الطوسی، المبسوط: ۸، فی آداب القضاء ۱۶.

(۶) ابن ادریس، السرائر: ۲/ ۱۶۲.

أمّا الأولى فإنّ كون الجواب حقّاً، يتوقّف على وجود دليل عليه من شرع أو عرف، و الأوّل غير موجود و الثانى إنّما يصحّ إذا ترافعا إلى القاضى بالرضا و الرغبة، أو كانت بين الشخصين صلة تجارية أو غير ذلك بما يُصحِّحُ فى نظر العرف لزومَ الإجابة على المدّعى عليه.

و أمّا الثانى: فلو سلّمنا أنّه حقّ و لكن لا دليل بوجه كلّى يدلّ على جواز حبس من عليه الحقّ إذا أمسك عن مثل هذا الحقّ (الجواب) خصوصاً إذا أمكن للمدّعى التوصّل إلى تحصيله بطريق أسهل و أخف كما فى كلام سيّد الرياض.

۲- النبوى المعروف: «لىّ الواجد أو مطله يُحِلُّ عقوبته و عرضَه» و فى آخر «حبسه» المعتضد بما فى النصوص الواردة حول حبس أمير المؤمنين عليه السلام الغريمَ باللىّ و المطل من دون ضرب أو إهانة.

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنّ الوارد من طرقنا هو «لىّ الواجد بالدين يُحِلُّ عرضه و عقوبته» «۱»، أنّ لفظ الواجد منصرف عن هذا النوع من الوجدان. و الظاهر أنّ المراد واجد المال.

دليل القول بالإجبار

استدل للقول الثانى أى الإجبار بالضرب بأنّه مقتضى الأمر بالمعروف.

يلاحظ عليه: أنّه لو تمّ لدلّ على قول صاحب الرياض من تقديم اللطافة بالرفق ثمّ الإيذاء و الشدّة متدرّجاً من الأُولى إلى الأعلى و أين هو من الابتداء بالضرب؟!

دليل القول بجعله ناكلًا

اشارة

استدل للقول الثالث برواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله تارة بصدرها

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب القرض، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۴۴

و أُخرى بذيلها.

أمّا الصدر قال: خبّرنى عن الرجل يدعى قِبَل الرجلِ الحقَّ فلم تكن له بيّنة بما له، قال فيمين المدّعى عليه فإن حلف فلا حقّ له. و إن لم يحلف فعليه. «۱»

و قد تقدّم انّ للحديث تفسيرين:

۱- إن لم يحلف المدّعى عليه فعليه «الحقّ»، فضمير المجرور يرجع إلى المدّعى عليه،، و المبتدأ المحذوف، هو الحقّ و عليه لا يحتاج إلى ردّ اليمين بل يقضى بالنكول.

۲- إن لم يحلف المدّعى عليه، فعلى المدّعى اليمين و هذا يدلّ على عدم كفاية النكول بل يتوقّف على الردّ إلى المدَّعى.

يلاحظ عليه بوجهين:

أوّلًا: أنّ الصدوق نقل مكان الفقرة الثانية قوله: «و إن ردّ اليمين على المدّعى فلم يحلف فلاحق». «۲» و على هذا فلا دلالة للحديث للمقام على وجه القطع.

و ثانياً: أنّ منصرف الحديث المنكر و لا يعمّ الساكت.

و أمّا الذیل: فقوله: «و لو کان حیّاً لألزم الیمین، أو الحقّ، أو یردّ الیمین.

فانّه یدلّ علی أنّه یجب علی المدّعی علیه أحد الأُمور الثلاثة:

۱- الیمین، أو الإلزام بالحق (المدّعی به) أو الإلزام بردّ الیمین، و حیث امتنع الأوّل و الثالث بسکوته، یتعیّن الإلزام بالحقّ هذا کلّه علی أنّ الفعل (یرد) مبنی للفاعل، و إلّا فیتوقف علی ردّ الحاکم الیمین إلی المدّعی.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الصدوق، الفقیه: ۳/ ۳۸.

و قد اختاره من المتأخرین السیّد الطباطبائی قال: فإنّه (ذیل الحدیث) یدلّ علی إلزامه بالحقّ إذا سکت و لم یحلف و لم یردّ بل الظاهر من الموضعین (الصدر و الذیل) من الخبر، الإلزام بالحقّ، بمجرّد عدم الحلف و عدم الردّ من غیر حاجة إلی ردّ الحاکم الیمینَ علی المدّعی. «۱»

یلاحظ علیه: مضافاً إلی انصرافه عن الساکت، أنّه مبنی علی تفسیر قوله: «بالحقّ» بالذی ادّعی علیه، مع أنّه من المحتمل أنّه یُلْزم بالحقّ الذی اعترف به و یدلّ علی ذلک أنّه لو کان المراد منه الحقّ الذی ادّعی علیه یجب تأخیره عن قوله: «یردّ الیمین» لأنّ إلزام القاضی إیّاه بدفع الحقّ إنّما یصحّ إذا لم یحلف و لم یردّ و طبع الحال حینئذ یقتضی أن یقال:

یلزم علی المدّعی علیه، إمّا أن یحلف أو یردّ الیمین علی المدّعی و إلّا فعلیه الحقّ الذی ادّعی علیه، و بعبارة أُخری: یجب علیه أن یدافع عن نفسه بأحد الحلفین و إلّا فیدفع ما ادّعی علیه مع أنّه ذکر بین الحلفین و هذا یدلّ علی أنّ المراد هو الحقّ الذی اعترف به.

و ربّما یستدلّ علی هذا القول بأنّ الساکت فی قلبه إمّا مقرّ أو منکر فلو کان مقرّاً فلا إشکال فی إلزامه بالحقّ، و إن کان منکراً فهو بسکوته ممتنع عن الحلف و الردّ فیلزم بالحقّ إذا کان النکول کافیاً أو بعد ردّ الیمین إلی المنکر إذا لم یکن الردّ کافیاً.

یلاحظ علیه: أنّه إنّما یتمّ لو کان الموضوع هو الأعم من الظاهری و القلبی فیکون حکم الإقرار و الإنکار القلبیین، حکم الظاهریین منهما و أمّا لو قلنا بأنّ الموضوع هو الظاهری منهما فیکون الساکت قسماً ثالثاً فلو ثبت للمنکر و المقرّ حکم فلا یثبت للساکت. و بما أنّ العنوان غیر محرز و الموضوع غیر معلوم فلا یمکن

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۰۳.

القطع بالحکم.

ثمّ إنّه قد یعترض علی القول الثالث بأنّه لو اقتضی السکوتُ ردَّ الیمین علی المدّعی لاقتضی ذلک فی الصغیر و المجنون و الغائب و المیّت و عندئذ یلزم صحّة القضاء علی هؤلاء بدون البیّنة و الاکتفاء بالیمین المردودة. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ الفارق وجود النصّ فی الادّعاء علی المیّت حیث دلّ علی لزوم البیّنة مع یمین المدّعی دون المقام، أضف إلیه وجود الفرق بین المقام و المیّت و ما أشبهه و هو أنّ المدّعی علیه فی المقام قادر علی الإجابة و لکنّه لا یجیب و هذا بخلاف هؤلاء فإنّهم بین غیر قادر کالمیّت و الغائب و من لا یترتّب الأثر علی جوابه کالصبیّ و المجنون.

و الأولی أن یقال: بعد عدم دلیل واضح لواحد من هذه الأقوال إنّ الظاهر تفویض الأمر إلی القاضی فی انتخاب الأُسلوب الناجح فی حمل الساکت إلی التکلّم و هو یختلف حسب اختلاف الظروف و تعیین الطریق الخاصّ فی ذلک المجال لا یلائم أُصول مذهبنا. و ذلک لأنّ الإسلام دین عالمی و خاتم لعامّة الشرائع، فلازم ذلک بیان اللب و ترک القشر و لباس الحکم و کیفیة إجرائه علی مقتضی

الزمان، و ربّما یقتضی الورود من باب اللطف و أخری من باب الخشونهٔ و لکلّ أقسام.

نعم القضاء علی الساکت بالنکول أو بعد ردّ الیمین علی خلاف القاعدهٔ فیکون منحصراً بمورده و لا یتجاوز عنه إلّا بدلیل.

القسم الثانی: السکوت المستند إلی الآفهٔ

إذا کان السکوت لأجل آفهٔ فی المدَّعی علیه من طرش أو خرس قال

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۱۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۴۷

المحقّق: «تُوصل إلی معرفهٔ جوابه بالإشارهٔ المفیدهٔ للیقین» أی الیقین بکونه مقرّاً أو منکراً.

وجهه: انّ اشارته قائمهٔ مقام اللفظ لغیر ذوی الآفهٔ و لا یصحّ القضاء فی غیر ذوی الآفهٔ إلّا بعد القطع بالمراد من کلامهم و لا یکفی الظنّ به و المقصود من القطع بالمراد، هو المراد الاستعمالی منه، لا ـ المراد الجدیّ إذ لیس للّفظ دور، سوی الدلالهٔ علی المراد الاستعمالی، لا ـ المراد الجدّی إذ الوقوف علیه علی عاتق سائر الأُصول و القرائن و لذلک ذهبنا فی الأُصول عند البحث عن حجّیهٔ الظواهر إلی أنّ دلالتها علی المراد الاستعمالی قطعیهٔ لا ظنّیهٔ و المجمل و المتشابه خارجان موضوعاً عن الظواهر و التفصیل فی محلّه.

و بذلک یعلم عدم تمامیهٔ ما أفاده صاحب الجواهر من إلحاق إشارهٔ الأخرس باللفظ الذی یکتفی بالظن بالمراد منه. «۱»

قال المحقّق: «و لو استغلقت إشارته بحیث یحتاج إلی المترجم لم یکف الواحد و افتقر فی الشهادهٔ بإشارته إلی مترجمین عدلین» و ما ذکره مبنیّ علی أنّ الترجمهٔ من باب الشهادهٔ لکن متلقّی العرف غیر ذلک بل یراه نقلًا لکلام الغیر فیعتبر أن یکون عارفاً بلسانه و ثقهٔ کالوسائط الواردهٔ فی أسانید الحدیث. نعم لا یکون قول المترجم حجّهٔ إلّا إذا ادّعی القطع بالمراد من الإشارهٔ.

الجواب بلا أدری و لا أعلم

إذا أجاب المدّعی علیه بقوله: «لا أدری» و هو بظاهره قسم رابع من الجواب، لیس إقراراً و لا إنکاراً و لا سکوتاً بل یدّعی عدم العلم بصحّهٔ ما یدّعیه المدّعی.

و أمّا الأقوال فلا تتجاوز عن أربعهٔ:

۱- إنّه منکر و یحلف بعدم العلم یظهر من المحقّق الأردبیلی، حیث

---

(۱) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۲۱۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۴۸

قال: و یحتمل الاکتفاء فی الإسقاط، بیمینه علی عدم علمه بذلک للأصل و عدم ثبوت ما تقدّم و التأمّل فیه، فتأمّل. «۱» و صرّح صاحب الجواهر و قال: فهو منکر، ضرورهٔ عدم کونه إقراراً، کضرورهٔ عدم کونه سکوتاً فلیس إلّا الإنکار. «۲»

۲- یعامل معه معاملهٔ الناکل فیؤخذ منه الحقّ مطلقاً، أو بعد ردّ الیمین إلی المدّعی و حلفِه و إن لم یردّ، فالحاکم یردُّها لأنّه ولی الممتنع ذکره الأردبیلی و قال: لو قال المنکر: إنّی ما أحلف علی عدمه فانّی ما أعلم بل أحلف علی عدم علمی بثبوت حقّک فی ذمّتی، لا یکفی، بل یؤخذ بالحقّ بمجرّد ذلک حینئذ، إن قیل بالقضاء بالنکول أو بعد ردّ الیمین علی المدّعی إن لم نقل به «۳» و هو خیرهٔ المحقّق الآشتیانی و قال: الذی یظهر من الأکثر حتّی من کثیر ممن یقول بالقضاء بالنکول، القضاء علیه بعد ردّ الیمین إلی

المـدّعی إمّـا من المـدّعی علیه أو من الحاکم بعـد امتناعه من الردّ، من غیر أن یکتفی عنه بالحلف علی نفی العلم من دون ادّعاء العلم علیه. «۴»

۳- إیقاف الـدعوی إن لم یدّع علیه العلم و إلّا فیجب علیه الیمین علی نفی العلم بمثل ما حکموا فی الدعوی علی فعل الغیر کالدعوی علی الوارث و غیره و هو خیرهٔ السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروهٔ. «۵»

۴- یحلف علی نفی الاسـتحقاق لاـ علی نفی علمه به نظراً إلی الأصـل و هو مبنی علی جواز الحلف اعتمـاداً علی الأصل، کالشـهادهٔ و الحلف استناداً إلی الید، و لکن الفرق بین الأصل و الأمارهٔ واضح و القیاس بجامع وجود الحجّهٔ باطل.

هذه هی الوجوه المذکورهٔ فی کلماتهم و لندرس بعضها:

---

(۱) الأردبیلی، مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۱۹۱.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۲۱۲.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۱۹۱.

(۴) الآشتیانی، القضاء: ۱۵۴.

(۵) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۱۰۴، الفصل الثامن، المسألهٔ ۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۴۹

أمّـا الوجه الأـوّل فقـد حـاول صاحب الجواهر إدخال هـذا القسم تحت عنوان المنکر و حاصل ما أفاده بتوضیـح منّا: أنّه بالإضافـهٔ إلی الواقع و إن لـم یکن منکراً لعـدم علمه به و لکنّه بالإضافـهٔ إلی اسـتحقاق المـدّعی فعلًـا، منکر له لأـنّ الاسـتحقاق الفعلی فرع العلم، و المفروض عـدمه و بـذلک یکون منکراً لاـ یتوجّه إلیه إلّا الیمین لموافقته الأصل و غیره و أمّا ما یظهر من الأصـحاب من اعتبار الحلف علی البتّ فهو منزّل علی الصورهٔ الغالبهٔ و الشاهد علیه أنّه قد یحلف علی عدم العلم نحو یمین الوارث بالنسبهٔ إلی دیون المیّت.

یلاحظ علیه: أنّه یجب أن یتوارد الادّعاء و الإنکار علی شـیء واحد. حتّی یقال إنّه مدّع لما ینکره الآخر و علی هذا فإن ادّعی المدّعی علم الآخر بالـدین فعندئـذ یتواردان علی موضوع فهو مـدّع لما ینکره الآخر، فیکون منکراً حقیقـهٔ فیحلف علی عـدم العلم و إلّا فیردّها إلی المـدّعی، أو یردّهـا الحـاکم. و یترتّب علیه کـل ما یترتّب علی الحلف من الآثار المـذکورهٔ، فیما سـبق من عـدم سـماع البیّنـهٔ بعد الحلف، أو عدم جواز التقاصّ من ماله أو تجدید المحاکمهٔ ممّا مرّ.

و علی ذلـک إذا کـان متعلّق الادّعـاء و الإنکـار، هو العلم و عـدمه یکون المـدّعی علیه منکراً حقیقـهٔ، لا تأویلًا و لا بملاحظـهٔ انّه ینکر الاستحقاق الفعلی کما ارتکبه صاحب الجواهر. و بالجملهٔ فهذا القسم من المسألهٔ یعمّه ما دلّ علی أنّ البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من أنکر و إنّما الکلام فی القسم الآتی أعنی إذا صدّقه فی عدم علمه بالواقع أو سـکت عنه. فالادّعاء و الإنکار لا یتواردان علی موضع واحـد. فالمـدّعی یـدّعی کونه مدیوناً فی الواقع، و المدّعی علیه، یدّعی عدم علمه به و أمّا الواقع فهو لا یثبته و لا ینکره فیکف یدخل فی عداد المنکرین. و یترتّب علیه أثر المنکر.

و بالجملـهٔ ما اختاره صـحیح فیما ادّعی علیه العلم بالواقع لاما إذا وافقه فی عـدم العلم أو لم یـذکر فیه شـیئاً و علی هـذا فلا یتوجّه إلیه الحلف، و لا یصحّ له

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۵۰

الردّ، لعدم تمکنه منه حتّی یرد، فلا محیص عن إیقاف الدعوی حتّی یأتی بالبیّنهٔ کما سیوافیک فی البحث الثانی.

و أمّا الوجه الثانی أی إجراء حکم النکول علیه و هو الذی ذکره المحقّق الأردبیلی و اختاره الآشتیانی فهو غیر تامّ بوجهین:

۱- إنّ التفصـیل فی الحدیث النبویّ قاطع للشرکهٔ و علیه، فوظیفهٔ المدّعی، البیّنهٔ و واجب المنکر هو الیمین، و قیام یمین المدّعی منزلهٔ

بيّنته، يردّه التفصيل القاطع للشركة، فلا يعدل عنه إلّا بدليل، كما فى غير هذا المورد.

٢- إنّ الظاهر من روايات ردّ اليمين، هو الردّ إذا أمكن له الحلف و بعبارة أُخرى إذا كان مخيّراً بين الأمرين: الحلف و الردّ، و أمّا إذا لم يتمكّن من الحلف، فلا و المقام من هذا القبيل فإنّه لأجل عدم علمه، ممنوع من الحلف فكيف يكون مجازاً فى الردّ، نعم لا بأس به إذا ادّعى عليه العلم بالواقع و هو ينكره، فإنّ الحكم فيه لا يفترق عن سائر الموارد.

و الذى ينبغى أن يقال و ربّما يستفاد ممّا سبق هو أنّه إذا ادّعى عليه العلم بالدين و هو ينكره، ينطبق عليه أصل المدّعى و المنكر، فلو حلف، و إلّا يردّ اليمين على المدّعى، أو ينوب عنه الحاكم إذا امتنع.

و أمّا إذا صدّقه فى عدم العلم أو شكّ فى صدقه و كذبه، فلا مجال للحلف، لاتّفاقهما على أنّه لا علم له بالواقع و مع التسليم، لا موضوع للحلف، فتكون الدعوى غير مسموعة، و يُلف الملَفّ إلى أن يأتى بالبيّنة. و يؤيده بعض الروايات:

١- صحيحة عبد العزيز بن المهتدى «١» سألت الرضا عليه السلام قلت: جعلت فداك أنّ أخى مات و تزوجتُ امرأته فجاء عمّى فادّعى أنّه كان تزوّجها سرّاً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدَّ الإنكار و قالت ما كان بينى و بينه شىء، فقال:

---

(١) قال النجاشى: عبد العزيز المهتدى الأشعرى القمى ثقة روى عن الرضا عليه السلام له كتاب.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۵۱

«يلزمك إقرارها، و يلزمه إنكارها». «١»

٢- صحيح زرعة بن محمّد، عن سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إنّ هذه امرأتى و ليس لى بيّنة فقال: «إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه». ٢

٣- خبر يونس قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة فى بلد من البلدان فسألها، لك زوج؟ فقالت: لا فتزوّجها ثمّ إنّ رجلًا أتاه فقال: هى امرأتى فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هى امرأته إلّا أن يقيم البيّنة». ٣

وجه الاستدلال بهذه الروايات أنّ الزوجة و إن كانت منكرة على وجه البتّ، و لكن الزوج غير عالم بالواقع فلم يُكلَّف بشىء من اليمين. هذا و تمام الكلام يأتى فى البحث الثانى عند البحث عن يمين المنكر و المدّعى.

إذا كان متعلّق الدعوى عيناً

هذا كلّه إذا كان متعلّق الدعوى ديناً و أمّا إذا كان متعلّقه عيناً فى يده منتقلة إليه بشراء أو إرث من ذى يد متصرّف فيها بدعوى الملكية. فإنّ للمسألة صورتين:

الأُولى: أن يذكر مصدرَ مالكيّته و أنّه اشتراه من زيد أو اتّهبه منه أو ورثه من مورِّثه إلى غير ذلك من أسباب النقل ففى مثله يحلف على عدم كون المدّعى مالكاً اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه. و يدلّ عليه خبر حفص بن غياث الدال على جواز الحلف على مالكية ذى اليد. روى حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنّه له؟ قال: «نعم»، قال الرجل: اشهد أنّه فى يده، و لا أشهد انّه له فلعلّه لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أ فيحلّ الشراء منه؟» قال: نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام: «فلعلّه لغيره من أين جاز

---

(١) ١ و ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١۴، الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث ٣١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۵٢

لک أن تشتریه و یصیر ملکاً لک ثمّ تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه، و لا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک» ثمّ قال أبو عبد الله: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق». «۱»

فقوله: «تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه» یدلّ علی جواز الحلف علی الملک إذا کان تحت الید. غایة الأمر انّه إذا ادّعی المدّعی أنّه له، یحلف علی أنّه لیس له، لا ـ أنّه له، حفظاً لوحدة الموضوع فی الادّعاء و الإنکار. و یتوارد النفی و الإثبات علی مکان واحد.

الثانیة: إذا کانت فی یده و لم یذکر مبدأ مالکیته، و أنّها له فعلًا أو لا، بل یری نفسه مستولیاً علی العین فله أیضاً أن یحلف علی عدم کونه ملکاً للغیر أخذاً بإطلاق الخبر. نعم استشکل النراقی فی المستند فی جواز الحلف قائلًا بأنّه یشترط فی دلالة الید علی الملکیة عدم اعتراف ذیها بعدم علمه بأنّه له أو لا. «۲»

أقول: لا ـ دلیل علی هذا الشرط و إطلاق قوله: «و من استولی علی شیء منه فهو له» «۳» و غیره من روایات حجّیة الید، یشمل هذه الصورة و إنّما ذهب المحقّق النراقی إلی هذا الشرط فی العوائد «۴» مستدلًا بالانصراف و بروایات أهمل الإمام فیها الید، و لم یترتّب علیه الأثر و لکن الانصراف مع کثرة الابتلاء به ممنوع، و أمّا الروایات التی استدل بها، فهی واردة فی المنازل التی یتردّد علیه، غیر المالک کثیراً کبیوت مکّة، و الصندوق الذی، یدخل ید غیره فیه و لو بوضع شیء فیه أمانة و لا یعمّ ما لیس کذلک. و قد أوضحنا حال هذه الروایات فی الأُصول عند البحث عن قاعدة الید فلاحظ. «۵»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

(۲) النراقی، المستند: ۲/ ۵۳۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۳.

(۴) النراقی، العوائد: ۲۵۸.

(۵) المحصول فی علم الأُصول: ۴/ ۲۷۸۲۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۳

مسائل فی الحکم علی الغائب

المسألة الأُولی: إذا حضر الخصمان و ترافعا عند القاضی و تمّ الترافع و لکن أخّر القاضی الحکمَ إلی موعد آخر

فحضر أحد المتخاصمین دون الآخر، فانّه یجوز الحکم علی الغائب بلا خلاف لتمامیة موازین القضاء و التأخیر فی الحکم لا یحدث شیئاً.

إنّما الکلام إذا رفع أحد الخصمین الخصومَةَ إلی القاضی دون الآخر، و أقام بیّنة فلا شک أنّه یجوز الحکم فی الجملة و إلیک کلماتهم:

۱- قال الشیخ فی الخلاف: القضاء علی الغائب جائز و به قال الشافعی و مالک و الأوزاعی و اللیث بن سعد و ابن شبرمة، و قال ابن شبرمة: أحکمُ علیه و لو کان خلف حائط و به قال أحمد و اسحاق، و قال الثوری و أبو حنیفة و أصحابه: لا یجوز القضاء علی الغائب حتّی یتعلّق الحکم بخصم حاضر شریک أو وکیل له و الحاکم عندهم یقول: حکمت علیه بعد أن ادّعی علی خصم ساغ له الدعوی علیه.

و تحقیق هذا، أنّ القضاء علی الغائب جائز بلا خلاف و لکن هل یصحّ مطلقاً من غیر أن یتعلّق بخصم حاضر أم لا؟ عندنا یجوز مطلقاً

و عندهم لا یجوز مطلقاً حتّی قال أبو حنیفة: من ادّعی علی عشرة، واحد حاضر و تسعة غُیّب و أقام البیّنة قضی علی الحاضر و علی غیره من الغائبین.

ثمّ استدل الشیخ مضافاً إلی الأخبار المرویة عن أئمّة أهل البیت علیهم السَّلام بما روی أبو موسی الأشعری قال: إذا حضر عند رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم خصمان فتواعدا لموعد فوفی أحدهما و لم یف الآخر قضی للذی وفی، علی الذی لم یف. و معلوم أنّه ما قضی علیه بدعواه، ثبت أنّه قضی علیه بالبیّنة. «۱»

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۳۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۴

۲ و قال الشیخ فی المبسوط: إذا حضر رجل عند الحاکم فادّعی علی غائب حقّاً سمع الحاکم دعواه لجواز صدقه فیما یدّعیه کما لو کان حاضراً فإن أقام البیّنة بما یدّعیه سمعها الحاکم إلی أن قال: فأمّا إن سأله أن یقضی له علی هذا الغائب بما ثبت عنده، أجابه إلی ذلک بعد أن یستحلفه عن حقّه الذی شهد الشاهدان أنّه ثابت إلی وقتنا هذا فإذا حلف حکم علیه و کتب به کتاباً و هکذا قولهم فی القضاء علی الصبی و المجنون و المیّت و الکل واحد. لأنّ کلّ واحد لا یعبر عن نفسه إلی أن قال: و أمّا إن کان حاضراً فی البلد غیر ممتنع من الحضور فهل له أن یقضی علیه و هو غائب عن مجلس الحکم أم لا ـ؟ قال قوم: له ذلک لأنّه غائب عن مجلس الحکم و الصحیح أنّه لا ـ یُقضی علیه لأنّه مقدور علی إحضاره و القضاء علی الغائب إنّما جاز لموضع الحاجة و تعذّر إحضاره فالقضاء علی الغائب یجوز عندنا فی الجملة و عند جماعة. «۱»

۳- و قال ابن البرّاج: «و إن کان (المستعدی علیه) غائباً فی غیر ولایته، مثل أن یکون الحاکم ببغداد فغاب إلی البصرة، و هی فی غیر ولایته فإنّه یقضی علی غائب». «۲»

۴- و قال ابن حمزة: «إذا ادّعی المدّعی علی حاضر یعبر عن نفسه أو علی غائب أو میّت أو حاضر لا یعبر عن نفسه مثل المولّی علیه فالأوّل قد ذکر حکمه و الثانی یحکم له بشرطین إقامة بیّنة عادلة الخ». «۳»

۵- و علی ذلک تضافرت الفتوی غیر أنّ ابن سعید، شرط کون الغائب فی مسافة تقصّر فیه الصلاة قال: و یجوز الحکم علی الغائب (و حدّ الغیبة ما یقصر فی مثله) من غیر وکیل حاضر و یحلف خصمه مع البیّنة. «۴»

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۶۲، باب القضاء علی الغائب.

(۲) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۴.

(۳) ابن حمزة، الوسیلة: ۲۱۴.

(۴) ابن سعید، الجامع للشرائع: ۲۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۵

۶ و قال المحقّق: یُقضی علی من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً کان أو حاضراً و قیل یعتبر فی الحاضر تعذّر حضوره مجلس الحکم. «۱» و القائل هو الشیخ و تقدم کلامه فی المبسوط و نسب إلی تعلیق الإرشاد.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۴۵۵

۷- و قال الشهید الثانی: «مذهب أصحابنا جواز القضاء علی الغائب فی الجملة و هو مذهب أکثر العامة کالشافعی و مالک و أحمد و

جماعة من الفقهاء و خالف فيه أبو حنيفة إلّا أن يتعلّق بخصم حاضر كشريك أو وكيل و الحجّة على جوازه فعل النبىّ و هو حجّة كقوله فى الخبر المستفيض عنه أنّه قال لهند زوجة أبى سفيان الخ». «۲»

فتلخّص أنّ الأقوال بين أهل السنّة، لا تتجاوز عن اثنين فغير الاحناف يقول بالجواز مطلقاً، و هؤلاء لا يجوزون مطلقاً، إلّا إذا حضر فى المحكمة من يتعلّق بالخصم كالوكيل أو واحد من المدّعى عليهم و أمّا أقوال أصحابنا فهى ثلاثة:

۱- يجوز الحكم على الغائب عن مجلس الحكم مطلقاً، سواء كان مسافراً أم حاضراً فى البلد، أمكن إحضاره أم تعذّر و هو المشهور.

۲- يجوز إذا كان الغائب فى مسافة تقصر فيها الصلاة و هو قول ابن سعيد.

۳- يجوز مطلقاً سواء كان الغائب عن مجلس الحكم، مسافراً أم حاضراً فى البلد و لكن تعذّر حضور الحاضر فيه فى مجلس الحكم و هو كلام الشيخ فى المبسوط.

أقول: ما اعتمد عليه الشيخ فى الخلاف من حديثى امرأة أبى سفيان و أبى موسى الأشعرى، غير تامى الدلالة و لو افترضنا صحّة سندهما.

أمّا الأوّل فقد أجاب النبىّ عن مسألة فقهية من دون أن يكون هنا نزاع و قضاء و أنّه يجوز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها و أما أنّ زوجته هل كانت صادقة

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۶.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

أو لا، و هل كانت لها بيّنة أو لا؟ فلم يكن هذا الأمر مطروحاً فى زمن السؤال فالاستدلال به على مورد القضاء غير صحيح.

و أمّا ما رواه أبو موسى فمن المحتمل أنّ الخصمين حضرا عند النبىّ مرّة، و أنّ النبى سمع كلامهما و أقام المدّعى البيّنة غير أنّ النبىّ أخّر إصدار الحكم إلى موعد آخر، و مثل هذا لا يكون دليلًا لما لم يحضر أحد الخصمين مطلقاً عند القاضى. فانحصر الدليل لما روى من طريقنا و هو: صحيح جميل عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجّته إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيّنة إلا بكفلاء» «۱» و هذه هى الحجّة الفريدة فى المسألة و لكن تجب دراسة مقدار دلالتها على الجواز لكن بعد ملاحظة أمر، و هو:

أنّ القضاء كان أمراً دارجاً بين العقلاء قبل الإسلام و بعده و الأمر به فى الروايات منصرفة إلى الصورة الدارجة بينهم و من المعلوم أنّ القضاء نوع اجتهاد من القاضى فى تشخيص الحقّ و هو فرع سماع كلام المتخاصمين عن كثب، ثمّ الاجتهاد فى الوصول إلى الحقّ و هو لا- يتحقق إلّا بحضورهما عند القاضى و الإدلاء بحجّتهما. هذا من جانب، و من جانب آخر، ربّما تقضى الضرورةُ القضاءَ على الغائب و لو أخّر القاضى القضاء يكون هناك ضرر على المترافع أضف إلى ذلك أنّه لو كانت الغيبة مسوّغة لإيقاف القضاء، لسلك المتخلّف هذا الطريق و غاب عن أعين القاضى.

و مقتضى الجمع بين الأمرين هو الأخذ بالقول الوسط الذى لا تتجاوز عنه صحيحة جميل عن محمّد بن مسلم فإنّ قوله: «و يكون الغائب على حجّته إذا قدم» ظاهر فى أنّ الخصم الآخر كان مسافراً و غائباً من البلد، لا حاضراً فيقتصر على الغائب عن البلد و من الغائب من تطول غيبته، بحيث يؤدى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

تـأخیر الحکم إلی تضـرّر المـدّعی فیحکم علیه بأخـذ الکفیل کما فی الروایـة إذ من المحتمل أن یکون للمنکر حجّـة فی الخروج عن الدین المدّعی علیه، فمقتضی الجمع بین الحقّین، هو الدفع من ماله بشرط أخذ الضامن.

و یلحق بالمسافر، مجهول المکان، أو الحاضـر المتواری فی بیوت البلـد الهارب من القضاء علیه، بإلغاء الخصوصـیة و أمّا الغائب الذی سیعود إلی البلد، أو الحاضر المستعدّ للحضور عند القضاء فلا تعمّه الروایات لا دلالة و لا ملاکاً و ما قاله ابن شبرمة من أنّه یحکم علی الغائب و إن کان خلف حائط فلیس بشیء و لعل خیرة الشیخ فی المبسوط أقرب من جمیع الأقوال و الأقرب منه ما ذکرناه.

و الفرق بین ما ذکره فی المبسوط و ما ذکرناه هو أنّه إن جوَّز فی المسافر مطلقاً و فی الحاضر إذا تعذّر، و نحن نخص الجواز بالمسافر الذی تطول غیبته بحیث تورث الضرر علی المدّعی.

و لعلّ ما روی عن أبی البختری عن علی «لا یقضی علی غائب» «۱» محمول علی من لا تطول غیبته، أو یسهل إعلامه للحضور.

ثمّ إنّ موضع النصوص ما إذا کان هناک جحود و إنکار و أمّا لو کان هناک اعتراف بکونه مـدیوناً، فلا موضوع للقضاء فلیس علیه إلّا الصبر إلّا إذا کان ضرریّاً أو حرجیاً، فیرجع إلی الحاکم و هو یقوم بواجبه.

و فی نهایـة المطـاف نقول: ربّمـا یسـتدلّ فی المقـام بصـحیحة زرارة عن أبی جعفر علیه السـلام قـال: «کان علی علیه السـلام یقول: لا یحبس فی السـجن إلّا ثلاثة: الغاصب و من أکل مال الیتیم ظلماً و من ائتمن علی أمانة فذهب بها و إن وجد له شـیئاً باعه غائباً کان أو شاهداً». ۲ و لا صـلة لها بما نحن فیه. إذ لا نزاع فیها بین الشخصـین و قد ثبت الموضوع لدی القاضـی بنحو من الأنحاء و لعلّهما ترافعا إلیه و حکم علی

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۵۸

المدّعی علیه بشهادة أنّه سجنه و عندئذ یجوز بیع ماله و هو فی السجن.

المسألة الثانیة: یقضی علی الغائب فی حقوق الناس دون حقوق الله

اشارة

یظهر من کلام غیر واحد من الأصحاب من أنّ القضاء علی الغائب مختصّ بحقوق الناس و لا یعمّ حقوق الله. قال المحقّق: یُقضی علی الغـائب فی حقـوق النـاس کالـدیون و العقـود و لاـ یقضـی فی حقـوق الله کالزنـا و اللواط. و علّله المحقّق بـأنّ الأُولی غیر مبتیّـة علی التخفیف بخلاف الثانیة.

أقول: هنا بحثان:

الأوّل: فی عموم الحکم لمطلق حقوق الناس.

الثانی: ما هو الوجه لعدم شموله لحقوق الله؟

أمّا الأوّل، فنقول الحکم علی الغائب علی خلاف الأصل فیقتصـر علی موضع النصّ و هو الدیون. حیث قال: «یقضـی عنه دینه» فإسـراء الحکم إلی مطلق حقوق النـاس مثلًا إذا أقام البیّنـة علی أنّ رجوعه إلی زوجته المطلّقـة کان فی أیام العـدّة، أو أنّ المال المعیّن عنـده رهن للـدین المحرز، یحتـاج إلی دلیـل و لیس إلّا ادّعاء إلغاء الخصوصـیة بین الـدین و سائر الحقوق فلو ساعـده العرف و إلّا فللتوقّف مجال.

و أمّا عدم شمولها لحقوق الله کالحدود، فلیس الوجه ما ذکره المحقّق و أوضحه صاحب المسالک و غیره من أنّ حقوق الله مبنیة علی التخفیف، و ذلک لأنّ ابتنائها علیه لا یدلّ علی الإغماض إذا ثبتت حسب الموازین کما فی صورة إقامة البیّنة علیها، بل الوجه ما ذکرنا

من اختصاص الدليل بحقوق الناس، كما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۹

نعم عـدّ الزنا و اللواط من حقوق الله مطلقاً قابل للتأمّل بل ربّما يكون من حقوق الناس كما إذا ادّعت المرأة أنّ رجلًا زنا بها عن عنف أو ادّعى ولى الصغيرة انّ رجلًا زنا بها فيأتى ما ذكره الأصحاب فى مثل السرقة.

إذا كان الحكم مشتملًا على حقّين

قال المحقّق: و لو اشـتمل الحكم على الحقّين قُضـى بما يخصّ الناس كالسرقة يقضى بالغرم و فى القضاء بالقطع تردّد «۱» و لكن غيره لم يتردّد فى عـدم الثبوت قال فى المسالك: و باقى الأصـحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع من الحكم بأحـدهما دون الآخر. «۲»

و التعبير بوجود المانع غير جيّد بل الأولى التحليل بفقد المقتضى، لما عرفت من عدم الدليل.

و لعلّ وجه تردّد المحقّق فى التفريق بين الغرم و القطع لأجل أنّهما معلولا علّـة واحـدة و هو ثبوت السـرقة و المفروض ثبوتها فلا وجه للتبعيض.

و ربّمـا يجـاب عنه بـأنّ العلـل الشـرعية معرّفـات لاـ علل حقيقيه و هو و إن كان صـحيحاً، لكنّه لا يـدفع الإشـكال لأنّه إذا جعل شـىء موضوعاً للحكمين فإثبات أحدهما دون الآخر، يرجع إلى التناقض فى الاعتبار و هو لا يصدر عن العاقل.

و الأولى أن يقـال: إنّ وجود الـدليل فى القضـاء على الغـائب فى حقوق الناس دون غيرها يكشف عن كون الموضوع للغرم هو ثبوت السرقة و للقطع هو الثبوت بحضور المدّعى عليه، فليس الموضوع واحداً.

---

(۱) نجم الدين الحلى، شرائع الإسلام: ۴/ ۸۶.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۶۰

المسألة الثالثة: لو كان صاحب الحقّ غائباً، و له وكيل فطالب الوكيل الغريمَ فادّعى الغريمُ التسليمَ إلى نفس الموكّل

فلو أقام البيّنة على التسليم فلا كلام، إنّما الكلام إذا ادّعى التسليم و ليست له بيّنة قال المحقّق ففى الإلزام تردّد.

۱- الوقوف فى الحكم، لاحتمال الأداء.

۲- الحكم و إلغاء دعواه لأنّ التوقّف فى الحكم يؤدّى إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء.

ثمّ قال المحقّق: و الأوّل أشـبه و الظاهر أنّ مراده من الأوّل هو أوّل الوجهين فينطبق على التوقف فى الحكم، لكن صاحب المسالك و تبعه صاحب الجواهر فسّره بالإلزام الوارد فى قوله: ففى الإلزام، لكنّه خلاف الظاهر.

و لا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان وكيلًا فى إقامة الدعوى و إلّا فليس له ذلك الحقّ.

و الظاهر: أنّ الوجه الثانى فى كلامه أشـبه و ذلك لأنّ الوكيل فى إقامة الدعوى بمنزلة نفس الموكّل، فكما أنّه لا يسمع الدفع إليه بعد الاعتراف بأصل الـدين، فهكذا المقام. و على ذلك فغاية الأمر أنّ لمدّعى الدفع، حلفاً على الوكيل و حلفاً على الموكّل. أمّا الأوّل فإن ادّعى علم الوكيل بالدفع و انكر، يحلّف الوكيل على عدم العلم، و إلّا فيسـقط إحلافه لاتّفاقهما على عدم علمه بالدفع. و أمّا الثانى فهو ما إذا جاء فإن اعترف بالأخذ يرجع الدافع إلى الوكيل و إن أنكر و حلف، فهو و إن نكل عن اليمين أو أقام الدافع البيّنة استعيد المال.

و الأحـوط أخـذ الضـامن عنـد الـدفع إلى الوكيـل كمـا مرّ فى الـدعوى على الغـائب لوحـدة الملاـك و إن كانت المسألتان مختلفتين

موضوعاً لأنّ الغائب فیما سبق من علیه الحکم و فی هذه المسألهٔ من له الحکم و لکن الملاک واحد.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۶۱

المقصد الرابع: فی کیفیّهٔ الاستحلاف

اشارهٔ

و فیه بحوث ثلاثهٔ:

البحث الأوّل: فی الیمین و أحکامها

و قبل الخوض فی المقصود نذکر أقسام الیمین الوارد فی الکتاب و السنّهٔ:

الأوّل: الیمین لجلب تصدیق المخاطب لما یقوله الحالف

کأن یقول: «و الله کان الأمر کذا و کذا».

الثانی: الحلف علی فعل شیء أو ترکه

کأن یقول: و الله لأفعلنّ کذا أو لا أفعلنّ کذا.

الثالث: الیمین اللغو و هو الذی لا یقصد صاحبه منها شیئاً

کقوله: لا و الله بلی و الله.

الرابع: الحلف فی مقام المرافعهٔ.

اشارهٔ

و تحقیق الکلام یتوقّف علی البحث فی مقامین:

۱- حکم الحلف بغیر الله تکلیفاً فی المواضع الأربعهٔ.

۲- حکم الحلف بغیر الله وضعاً أی فی إیجاب الحقّ و إسقاطه.

و إن کان البحث عن المقام الأوّل فی کلمات الأصحاب جانبیاً، غیر أنّ المحقّق النراقی، طرحه مستقلًا، کما بحث عنه الآشتیانی کذلک أمّا الأوّل فلنذکر کلمات الفقهاء.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۶۲

المقام الأوّل: حکم الحلف بغیر الله تکلیفاً

اشارهٔ

أمّا فقهاء أهل السنّة فالمعروف بينهم هو الكراهة إلّا الحنابلة فإنّهم يذهبون إلى الحرمة. قالوا:

«لا ينعقد اليمين بغير الله تعالى كالحلف بالنبىّ و الكعبة و جبريل و الولىّ و إذا قصد الحالف بذلك إشراك غير الله معه فى التعظيم، كان ذلك شركاً، و إذا قصد الاستهانة بالحلف بالنبىّ كفر، أمّا إذا لم يقصد شيئاً من ذلك، بل قصد اليمين ففى حكمه تفصيل فى المذاهب».

الحنفية قالوا: يكره الحلف بنحو أبيك و لعمرك و نحو ذلك.

الشافعية قالوا: يكره الحلف بغير الله تعالى، إذا لم يقصد شيئاً ممّا ذكر.

المالكية قالوا: الحلف بمعظم كالنبى و الكعبة و نحوهما فيه قولان: الحرمة و الكراهة، و المشهور الحرمة.

و قال الحنابلة: و يحرم الحلف بغير الله تعالى و صفاته و لو نبىّ أو ولى. «۱»

و قال القسطلانى: المشهور عند المالكية الكراهة و عند الحنابلة التحريم و جمهور الشافعية أنّه للتنزيه و قال إمام الحرمين: المذهب القطع بالكراهة و قال: غيره بالتفصيل، فإن اعتقد فيه من التعظيم ما يعتقده فى الله، حرم و كفر بذلك الاعتقاد، و إن حلف لاعتقاد تعظيم المحلوف به على ما يليق به من التعظيم فلا يكفر. «۲»

و أمّا فقهاء الشيعة فقد اختلفت كلماتهم فى الجواز و المنع و إليك بعض نصوصهم:

قال الشيخ فى المبسوط: تكره اليمين بغير الله كاليمين بالمخلوقات: النبى،

(۱) الفقه على المذاهب الأربعة: ۱، كتاب اليمين، ص ۷۵.

(۲) القسطلانى: إرشاد السارى، الجزء التاسع، ص ۳۵۸.

و الكعبة و نحوها و كذلك بالآباء كقوله: و حقّ أبى، و حقّ آبائى و نحو ذلك كلّ ذلك مكروه.

و روى أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قال: «لا تحلفوا بآبائكم و لا بالأنداد، و لا تحلفوا إلّا بالله و لا تحلفوا إلّا و أنتم صادقون».

و روى أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه فقال النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «إنّ الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» قال عمر: فوالله ما حلفت بها بعد، ذاكراً و لا أثراً يعنى و لا رواية عن غيرى و حكاية عنه.

و روى عن النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «من حلف بغير الله فقد أشرك و فى بعضها فقد كفر بالله».

و قيل فى قوله: «فقد أشرك» تأويلان: أحدهما الشرك الحقيقى و هو أن يعتقد تعظيم ما يحلف به و يعتقده لازماً كاليمين بالله فمن اعتقد بهذا فقد كفر و التأويل الثانى لا يكفر به و هو أن يشارك فى اليمين فيحلف بغير الله كما يحلف بالله.

و قوله: «فقد كفر» لا تأويل له غير الكفر الحقيقى و أن يعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقده فى الله تعالى ذكره. «۱»

أقول: الظاهر أنّه لا حاجة إلى التأويلين، أمّا النهى عن الآباء فكانت قضية خارجية كان آباؤهم مشركين فالحلف بهم، كان تعظيماً للشرك فنهى عنه بقوله: «لا تحلفوا بآبائكم و لا بالأنداد» يريد من الأنداد، الأوثان و الأصنام.

و أمّا النهى عن الحلف بغير الله فالظاهر هو الحلف بالآلهة المكذوبة للعرب فإنّ الحلف بها كاشف عن كون الحالف معتقداً بعظمتها و ليس معنى لها إلّا الاعتقاد بأنّها الآلهة و الأنداد. قال سبحانه: (وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللّهِ

(۱) الطوسى، المبسوط: ۶، كتاب الإيمان، ص ۱۹۲۱۹۱.

أَنْداداً يُحِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللّهِ) (البقرة/ ۱۶۵). «۱»

و علی کلّ تقدیر فحکم الحلف بغیر الله عند الشیخ هو الکراهة کما صرّح به فی بدء کلامه.

۲- قال المفید: و لا یجوز أن یحلف الإنسان برسول الله و لا بأمیر المؤمنین و لا بأحد من الأئمّة فإن حلف بواحد ممّن ذکرناه فقد أخطأ و علیه أن یفی بما حلف إلّا أن یکون باطلًا أو غیره أفضل منه و إن لم یف فلیستغفر الله عزّ و جلّ و لا کفارة علیه. «۲»

۳- قال ابن البرّاج: الیمین الشرعیّة عند أهل بیت رسول الله لا تکون إلّا بالله أو بأحد أسمائه و کلّ یمین کانت بغیر ما ذکرناه فلیست یمیناً صحیحة و لا یستقرّ لها حکم من حنث و لا کفارة فلو حلف بالنبی أو بالکعبة أو بما أشبه ذلک من المخلوقات کلّه أو بالبراءة من الله تعالی أو من النبیّ أو الأئمّة أو أحدهم أو من القرآن أو ما یجری مجری ذلک لم یکن یمیناً صحیحة. «۳»

و کلامه ظاهر فی المقام الثانی أی الیمین لفصل الخصومة و لعلّ الذیل دالّ علی حکم المقام الأوّل أیضاً أی عدم الحرمة تکلیفاً فإنّ نفی الصحّة دلیل علی الجواز التکلیفی، فتأمّل.

۴- قال یحیی بن سعید: فإن حلف بالکعبة و النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم و المسجد أثم و لم ینعقد یمینه و کذلک سائر المخلوقات. «۴»

۵- و قال المحقّق: و لا یجوز الإحلاف بغیر أسماء الله سبحانه کالکتب المنزّلة و الرسل المعظّمة و الأماکن المشرّفة ... «۵» و هل یرید عدم الاعتداد بالحلف بها و عدم صحّتها و جواز الفعل فی نفسه کما استظهره فی المسالک أو یرید الحرمة التکلیفیة؟

---

(۱) لاحظ البقرة: ۲۲، إبراهیم: ۳۰، سبأ: ۳۳، الزمر: ۸، فصلت: ۵.

(۲) المفید، المقنعة، کتاب الأیمان: ۵۵۸.

(۳) ابن البرّاج، المهذّب: ۲، کتاب الأیمان، ۴۰۳.

(۴) ابن سعید الحلی، الجامع للشرائع: ۴۱۵.

(۵) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۷۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۶۵

۶ و قال العلّامة: و کذا لا ینعقد بالطلاق و لا بالعتاق و لا بالظهار و لا بالتحریم و لا بالکعبة و لا بالمصحف و لا بالنبی. «۱»

۷- قال العلّامة فی التحریر: و لا یجوز الإحلاف بشیء من ذلک لأنّه بدعة و کذا لا یجوز بالقرآن و لا بالبراءة من الله و لا من رسوله و لا من أحد من الأئمة .... «۲»

۸- قال الشهید عند التعلیق علی قول المحقّق: «و لا یجوز الإحلاف بغیر أسماء الله» و المراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلی الاعتداد به و فی إثبات الحقّ أمّا جواز الحلف فی نفسه بمعنی عدم الإثم به ففیه وجهان: من إطلاق الأخبار المنهی عنه المقتضی للتحریم و من إمکان حمله علی الکراهة. «۳»

۹- و قال فی الجواهر: الانصاف عدم وجه معتدّ به للتردّد فی ذلک (الحلیة) خصوصاً بعد السیرة المستمرّة فی سائر الأعصار و الأمصار من العلماء و العوام من القسم بغیر الله فی نحو ذلک. «۴»

۱۰ قال السیّد الطباطبائی: یظهر من جملة من الأخبار أنّ الحلف بغیر الله مضافاً إلی عدم الأثر علیه فی قطع الدعوی و وجوب الکفارة، یکون حراماً مطلقاً، بل أسنده فی المستند إلی الأشهر بین الطائفة قال: بل قیل إنّه مقتضی الإجماعات المنقولة و صرّح به جماعة منهم المحقّق الأردبیلی و صاحب المفاتیح و شارحه و بعض مشایخنا المعاصرین، لکن یظهر من صاحب الجواهر عدم القائل بالحرمة حیث إنّه بعد نقل الأخبار الدالّة علی المنع قال: «و لذا تردّد بعضهم فی أصل جواز الحلف بغیر الله تعالی لکنّه فی غیر محلّه للسیرة القطعیة علی جوازه مضافاً إلی الأصل و وجوده فی النصوص» ثمّ نقل جملة من الأخبار المشتملة علی حلف بعض الأئمّة علیهم السَّلام و بعض الأصحاب فی حضور الإمام علیه السلام بغیر الله «قلت» و الأقوی عدم الحرمة کما قال (و) لما قال، فالأخبار المانعة محمولة علی

الکراهة و یشعر بها اشتمال

(۱) العلّامة الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۸۵.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۲۷، نقلًا عن التحریر.

(۳) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۱۲.

(۴) الجواهر: ۴۰/ ۲۲۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۶۶

بعضـها علی قوله علیه السـلام: «و لو حلف النـاس بهـذا و أشـباهه لترک الحلف بالله» و یمکن حمله علی محامل أُخر. هـذا، و أمّا مثل قوله: سألتک بالقرآن أو بالنبیّ صلّی الله علیه و آله و سلّم أو بأمیر المؤمنین علیه السلام أن تفعل کذا، فلا إشکال فی عدم حرمته لأنّه لیس حلفاً بل هو من باب الاستشفاع و التوسیط. «۱»

۱ - ۱ و قال السیّد الاصفهانی: الأقوی أنّه یجوز الحلف بغیر الله و إن لم یترتّب علی مخالفته إثم و لا کفارة کما أنّه لیس قاطعاً للدعاوی و المرافعات. «۲»

إذا وقفت علی الأقوال فالحق، ما أفاده السیّد الاصفهانی، لدلالة لفیف من الروایات علی الجواز فقد حلف الإمام بقرابته من رسول الله «۳» و بیت الله الحق ۴ و حلف الراوی بحضرته بحقّ رسول الله ۵ و حقّ الإمام ۶ و حیاته. ۷

ثمّ إنّ فی الأحادیث النبویة، و کلمات الإمام علی علیه السلام حلفاً بغیر الله کثیراً نذکر منه ما یلی:

الحلف بغیر الله فی الحدیث النبوی

۱- «جاءَ رَجُلٌ إِلَی النّبیّ فقال: یا رَسُولَ اللّهِ أَیُّ الصّدَقَةِ أَعْظَمُ أَجْراً؟ فَقالَ: أَما وَ أَبِیکَ لَتُنَبَّأَنَّهُ: أَنْ تَصَدَّقَ وَ أَنْتَ صَحِیحٌ شَحیحٌ تَخشَی الفَقْرَ وَ تَأملُ الْبَقاء». ۸

۲- «جاءَ رَجُلٌ إِلی رَسُولِ اللّهِ مِنْ أَهْلِ نَجْد، یَسْأَلُ عَنِ الإِسْلامِ، فَقالَ رَسُولُ اللّهِ صلَّی اللّه علیه و آله و سلَّم: خَمْسُ صَلَوات فِی الْیَوْمِ وَ اللَّیْلِ، فَقالَ: هَلْ عَلَیَّ غَیْرَهُنَّ؟ قالَ: لا،

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۰۰.

(۲) الاصفهانی، الوسیلة: کتاب الایمان و النذور، ص ۲۰۵.

(۳) ۳- ۷ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۱ من أبواب الایمان، الحدیث ۷، ۸، ۶، ۱، ۱۴.

(۴) ۸ صحیح مسلم، کتاب الزکاة، الجزء ۳، باب أفضل الصدقة، ص ۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۶۷

إِلّا أَنْ تَطَوَّعَ، و صِیامُ شَهْرِ رَمضان، فقال: هَلْ عَلَیَّ غَیْرُهُ؟ قال: لا، إِلّا انْ تَطَوَّعَ، وَ ذَکَرَ لَهُ رَسُولُ اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم الزّکاةَ فقال: هَلْ عَلیّ غَیْرُها؟ قال: لا، إلّا أنْ تطوَّعَ، فَأَدْبَرَ الرَّجُلُ وَ هُوَ یَقُولُ وَ اللّهُ لا أَزِیدُ عَلی هذا وَ لا أَنقُصُ مِنْهُ، فقالَ رَسُولُ اللّهِ: أَفْلَحَ وَ أَبِیهِ إِنْ صَدَقَ. أَوْ أُدْخِلَ الْجَنَّةَ وَ أَبِیهِ إِنْ صَدَقَ». «۱»

۳- «فَلَعَمْری لإِنْ تَکَلَّمَ بِمَعْرُوف وَ تَنْهی عنْ مُنْکَر خَیْرٌ مِنْ أنْ تَسْکتَ». «۲»

۴- «فَلَعَمْری مَنْ أَکَلَ بُرقیةٍ باطِل، لَقَدْ أَکَلت بُرقیة حَقّ». «۳»

۵- «فَلَعَمْری ما أَتَمَّ اللّهُ عَزَّ وَ جَلَّ حَجَّ مَنْ لَمْ یَطُفْ بَیْنَ الصَّفا وَ الْمَرْوَة». «۴»

۶- «وَ لَعَمْری لَوْ أَنَّ کُلَّکَمْ صَلّی فی بَیْتِهِ لَتَرَکْتُمْ سُنَّهَٔ نَبِیّکَمْ». «۵»

الحلف بغیر الله فی الحدیث العلوی

۷- «وَ لَعَمْری ما عَلَیَّ مِنْ قِتال مَنْ خالَفَ الْحَقَّ ... مِنْ إدْهان وَ لا إیهان». «۶»

۸- «وَ لَعَمْری لَوْ کُنّا نَأْتی ما آتَیتُمْ، ما قامَ لِلدِّینِ عَمُودٌ». «۷»

۹- «وَ لَعَمْری ما تَقادَمَتْ بِکُمْ وَ لا بِهِمُ الْعُهُودُ». «۸»

۱۰ «وَ لَعَمْری لَئِنْ کانَتِ الإمامَهُٔ لا تَنْعَقِدُ حَتّی تَحْضُرَها عامَّهُٔ النّاسِ، فَما إلی ذلِکَ مِنْ سَبِیل». «۹»

---

(۱) صحیح مسلم، الجزء الاوّل، باب ما هو الإسلام و بیان خصاله، ص ۳۲.

(۲) مسند احمد بن حنبل: ۵/ ۲۲۵.

(۳) مسند احمد بن حنبل: ۵/ ۲۱۱.

(۴) سنن ابن ماجهٔ: ۴/ ۹۹۵.

(۵) سنن ابن ماجهٔ: ۱/ ۲۵۵.

(۶) نهج البلاغهٔ: الخطبهٔ ۲۳.

(۷) نهج البلاغهٔ: الخطبهٔ ۵۶.

(۸) نهج البلاغهٔ: الخطبهٔ ۸۵.

(۹) نهج البلاغهٔ: الخطبهٔ ۱۶۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۶۸

۱۱ «لَعَمْری یَهْلِکُ فی لَهَبِهَا الْمُؤْمِن». «۱»

۲- ۱ «فَلَعَمْری لَقَدْ فَوَّقَ لَکُمْ سَهْمَ الْوَعِید». «۲»

۳- ۱ «وَ لَعَمْری یا مُعاوِیَهُٔ، لَئِنْ نَظَرْتَ بِعَقْلِکَ دُونَ هَواکَ، لَتَجِدَنّی أَبْرَأَ الناسِ مِنْ دَمِ عُثْمان». «۳»

۴- ۱ «وَ لَعَمْری لَئِنْ لَمْ تَنْزِعْ عَنْ غَیِّکَ وَ شِقاقِکَ». «۴»

۵- ۱ «وَ لَعَمْری ما کُنْتُما بِأَحَقّ المُهاجِرینَ بِالتَّقِیَّهِٔ وَ الکِتْمانِ». «۵»

أدلّهٔ القول بالتحریم

قد تعرّفت علی القول بالحرمهٔ من خلال الکلمات المنقولهٔ، و نقل عن المستند أنّه اختار القول بالتحریم و لم أقف علی کلامه بعد الفحص حتّی أنّ الشیخ الآشتیانی ردّ دلالهٔ السیرهٔ المستمرّهٔ علی الحلف بغیر الله التی استدل بها صاحب الجواهر علی الجواز بالأخبار الناهیهٔ و قال: و قد یستدلّ علی الجواز بالسیرهٔ المستمرّهٔ من زماننا إلی زمان الأئمّهٔ و النبی علیهم السَّلام و فی هذا الاستدلال نظر لا یخفی وجهه و قد ذکر فی التعلیقهٔ بأنّ الأخبار الناهیهٔ صالحهٔ للردع. «۶»

فإذا کانت الأخبار بهذه المثابهٔ فلا محیص من نقلها و دراستها و تقییم دلالتها علی الکراههٔ أو الحرمهٔ، أو نفی الحکم الوضعی من عدم کفایتها فی إیجاب الحقّ، أو إسقاط الواجب أو عدم ثبوت الکفّارهٔ فلا یمکن الحکم و القضاء فیها إلّا بالإمعان فیها. فنقول:

۱- روی علی بن مهزیار قال قلت: لأبی جعفر الثانی علیه السلام قول الله عزّ و جلّ (وَ اللَّیْلِ إِذا یَغْشی* وَ النَّهارِ إِذا تَجَلّی) (اللیل/ ۱ و ۲) و قوله عزّ و جلّ: (وَ النَّجْمِ

(۱) نهج البلاغة: الخطبة ۱۶۸.

(۲) نهج البلاغة: الخطبة ۱۸۲.

(۳) نهج البلاغة: الخطبة ۱۸۷، (القاصعة).

(۴) نهج البلاغة: الرسالة/ ۹.

(۵) نهج البلاغة: الرسالة/ ۵۴.

(۶) الآشتیانی، القضاء: ۱۶۹.

إذا هَوی) (النجم/ ۱) و ما أشبه هذا فقال: «إنّ اللّه عزّ و جلّ یُقْسِم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا إلّا به عزّ و جلَّ». «۱»

۲- روی الحسین بن زید عن الصادق علیه السلام عن آبائه عن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم فی حدیث المناهی أنّه نهی أن یحلف الرجل بغیر الله و قال: «من حلف بغیر الله فلیس من الله فی شیء و نهی أن یحلف الرجل بسورة من کتاب الله عزّ و جلّ و قال: من حلف بسورة من کتاب الله فعلیه بکل آیة منها کفارة یمین فمن شاء برّ و من شاء فجر و نهی أن یقول الرجل للرجل لا و حیاتک و حیاة فلان». ۲

۳- روی محمّد بن مسلم قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام قول الله عزّ و جلّ: (وَ اللَّیْلِ إِذا یَغْشی) (وَ النَّجْمِ إِذا هَوی) و ما أشبه ذلک فقال: إنّ لله عزّ و جلّ أن یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا إلّا به. ۳

۴- روی الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف إلّا بالله فأمّا قول الرجل لا أب لشانیک فإنّه قول أهل الجاهلیة و لو حلف الناس بهذا أو أشباهه لترک الحلف بالله». ۴

۵- و روی سماعة عن أبی عبد اللّه علیه السلام مثله أیضاً. ۵

۶- روی العیاشی فی تفسیره عن زرارة قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول الله (وَ ما یُؤْمِنُ أَکْثَرُهُمْ بِاللّهِ إِلّا وَ هُمْ مُشْرِکُونَ) (یوسف/ ۱۰۶) قال: «من ذلک قول الرجل: لا و حیاتک». ۶

۷- و روی عن أبی جعفر علیه السلام: «شرک طاعة، قول الرجل لا و الله و فلان». ۷

۸- و عن العلاء قال: سألته عن قوله: (فَلا أُقْسِمُ بِمَواقِعِ النُّجُومِ) (الواقعة/ ۷۵) قال: «عظم إثم من حلف بها». ۸

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأیمان، الحدیث ۱، ۲، ۳.

(۲) ۴- ۸ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأیمان، الحدیث ۴، ۵، ۱۱، ۱۲، ۱۵.

۹ روی العیاشی عن محمّد بن مسلم: کل یمین بغیر الله فهی من خطوات الشیطان. «۱»

۱۰ روی عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل حلف أن ینحر ولده قال: «هذا من خطوات الشیطان» و قال: «کلّ یمین بغیر الله فهی من خطوات الشیطان». ۲

۱- ۱ روی زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألت قوله تعالی: (فَاذْکُرُوا اللّهَ کَذِکْرِکُمْ آباءَکُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِکْراً) قال: «إنّ أهل الجاهلیة کان من قولهم کلّا و أبیک، و بلی و أبیک فأمروا أن یقول: لا و الله و بلی و الله» ۳

هذه هی الروایات الناهیة، و لعلّ هنا ما یؤیدها تحریماً أو کراهة. إلّا أنّ الشأن فی ترکیزها علی موضوع واحد و یمکن أن یقال:

إنّ النهی فی الحدیث الأوّل و الثالث و الثامن لأجل أنّ الحلف بالأجرام السماویة مظنّة الشرک فالنهی عنها نهیاً تحریمیاً أو تنزیهیاً، لا

يكون دليلًا على حرمة الحلف بسفير التوحيد و مبلّغه و آله الأطهار.

و أمّا الحديث الثانى فهو معرض عنه إذ لم يقل أحد بالكفارة فيما إذا حلف بسورة من كتاب الله ثمّ خالف، مضافاً إلى ما فى سنده من الضعف.

و أمّا التاسع و العاشر، فهما محمولان على الحلف بأمر محرّم كنحر الولد، أو الطلاق و العتاق و صدقة ما يملك و يشهد على ذلك ورود قوله: «كلّ يمين بغير الله فهى من خطوات الشيطان» فى مورد الحلف على العتاق و الطلاق. ۴

و ما بقى من الروايات يحمل على الكراهة خصوصاً ما ورد من النهى على الحلف بالآباء، و لعلّه قضية خارجية، لا حقيقية و سبب النهى، كون آباؤهم مشركين.

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱۵ من أبواب الأيمان، الحديث ۴، ۵، ۶.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱۴ من أبواب الأيمان، الحديث ۳، ۴، ۵.

المقام الثانى: حكم الحلف بغير الله وضعاً

اتّفقت كلمتهم على أنّه لا- يستحلف لإيجاب الحقّ أو إسقاطه إلّا بالله تعالى شأنه و أنّ الحلف بغير الله، لا يثبت حقّاً، و لا يسقطه و إليك نصوصهم:

۱- قال المفيد: و لا يستحلف بغير أسماء الله عزّ و جلّ. «۱»

۲- قال ابن البرّاج: استحلف بالله الذى لا إله إلّا هو أو بشىء من أسمائه و لا يجوز استحلافه بغير ذلك. «۲»

۳- و قال ابن حمزة: و لا يمين بغير الله تعالى و بغير أسمائه الحسنى و صفاته العلياء». «۳»

۴- و قال ابن سعيد: و اليمين إنّما يكون بالله و أسمائه الخاصّة. «۴»

۵- و قال العلّامة: و لا ينعقد اليمين الموجبة للبراءة من الدعوى إلّا بالله تعالى. «۵»

۶- و قال: و لا يصحّ اليمين إلّا بالله تعالى «۶»، إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة.

و تدلّ على عدم الاعتداد روايات:

۱- روى سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «فى كتاب على عليه السلام إنّ نبيّاً من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أشهد؟ قال: فأوحى

---

(۱) المفيد، المقنعة: ۷۳۱.

(۲) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۹.

(۳) ابن حمزة، الوسيلة: ۲۲۸.

(۴) ابن سعيد الحلى: الجامع للشرائع: ۵۲۵.

(۵) السيد العاملى: مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۶، قسم المتن.

(۶) العلّامة الحلى، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۵.

الله إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلِّفهم به». «۱»

۲- روی سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یُحلّفُ الرجل الیهودی و لا النصرانی و لا المجوسی بغیر الله». «۲»

۳- روی جرّاح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا یُحلّف بغیر الله، و قال: الیهودی و النصرانی و المجوسی لا تحلّفوهم إلّا بالله عزّ و جلّ. ۳

۴- روی سماعة عن أبی عبد الله قال: سألته هل یصلح لأحد أن یُحلّف أحداً من الیهود و النصاری بآلهتهم؟ قال: «لا یصلح لأحد أن یحلّف أحداً إلّا بالله عزّ و جلّ». ۴

۵- روی الحلبی قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أهل الملل یُستَحلَفون فقال: «لا تُحلّفوهم إلّا بالله عزّ و جلّ». ۵

و الاستدلال، بغیر الأُولی من الروایات الواردة فی أهل الکتاب، مبنیّ علی ظهورها فی کون المضمون حکم الله المشترک بین الناس.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر لخلطه بین المقامین السابقین استدلّ ببعض الروایات التی لا مساس له بالمقام کروایة محمّد بن مسلم و صحیح الحلبی و النبوی ۶ فانّها ناظرة إلی المقام الأوّل.

و هذه الروایات دلّت علی أنّ أتباع الشرائع کلّهم کالمسلمین یُحلفون بالله، إنّما الکلام فی المنکر للصانع فهل یحلّف به أو لا؟ قال فی المبسوط: و إن کان وثنیاً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) ۲- ۵ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲، الحدیث ۱، ۲، ۳، ۵. و قد روی الحرّ العاملی، عن الحلبی فی ذلک الباب روایات ثلاثة کان الجمیع روایة واحدة فلاحظ الرقم ۳، ۶، ۱۴ من الباب ۳۲ من أبواب الأیمان.

(۳) ۶ الجواهر: ۴۰/ ۲۲۷؛ لاحظ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰، الحدیث ۳، ۴؛ المستدرک، الباب ۲۴ من کتاب الأیمان، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۳

معطّلًا أو کان ملحداً یجحد الوحدانیة لم یُغلَّظ علیه باللفظ و اقتصر علی قوله: «و الله» فإن قیل کیف حلّفته بالله و لیست عنده یمیناً، لیزداد اثماً و یستوجب العقوبة «۱» و اختاره السیّد الطباطبائی مستدلًا بالإطلاقات التی مقتضاها عدم الفرق فی الکفّار بین من یعتقد بالله و من یجحده. «۲»

أقول: یجب أن یکون مفروض الشیخ المعاهد الذی لا یجوز التعرّض لنفسه و ماله، و إلّا فلو کان محارباً فلا حرمة لنفسه فضلًا عن ماله فیجوز أخذ حقّه منه من دون إقامة الدعوی و إحلافه. نعم لو کانت الظروف لا تساعد علی ذلک فلو أقام الدعوی علیه فإن أقام البیّنة أو اعترف الکافر، و إلّا فیسقط الحلف و ذلک لأنّ الغایة منه إیجاد الردع فی الحالف حتّی یستعظم الإله و یرتدع و لا یحلف کاذباً فإذا کان جاحداً لله سبحانه فالإحلاف یکون لغواً و ما ذکره الشیخ من أنّ الغرض من الإحلاف هو زیادة الإثم، فهو لیس غرضاً للشارع و لا للمحلّف و الأولی القول بسقوط الحلف کما فی سائر الموارد الّتی لا یتمکّن المدّعی من الإحلاف کالدعوی علی المیّت.

ثمّ إنّ مقتضی الإطلاقات، کفایة الحلف بلفظ الجلالة من غیر فرق بین المجوسی و غیره لکن قال الشیخ فی المبسوط: إن کان مجوسیاً حلف: و الله الذی خلقنی و رزقنی لئلا یتناول بالله وحده، النورَ فإنّه یعتقد النور إلهاً فإذا قال: خلقنی و رزقنی زال الإبهام و الاحتمال. «۳»

و ما ذکره مخالف لمقتضی الإطلاق، أضف إلیه أنّ لفظ الجلالة علم لخالق النور و الظلمة و لو افترضنا صحّة إطلاق الإله علی النور و لکن لفظ الجلالة لا یطلق إلّا علی الإله الأعلی عندهم الذی هو خالق النور و الظلمة و الآلهة ....

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۰۵، فصل فی موضع الیمین.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۹۹.

(۳) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۰۵.

ثمّ إنّ مقتضی بعض الروایات جواز حلف أهل الکتاب بغیر لفظ الجلالة و هی:

۱- ما رواه السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام إنّ أمیر المؤمنین علیه السلام استحلف یهودیاً بالتوراة التی أنزلت علی موسی. «۱»

۲- روی محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السّلام سألته عن الأحکام فقال: فی کلّ دین ما یستحلفون. ۲ و الظاهر أنّ روایتی ۳ محمّد بن مسلم روایة واحدة. کما أنّ روایتی السکونی، مع مرسلة الصدوق ۴ متّحدتان.

و التعارض بین الطائفتین واضح، و حمل الطائفة الثانیة علی أنّه مخصوص بالإمام إذ رأی ذلک أردع لهم، أو علی من یری الحلف بذلک و لا یعتقد الحنث فی الحلف بالله، أو المراد الحلف بمن أنزلها، أو الغلظ بذلک مع الحلف بالله، جمع تبرّعی لا یصار إلیه.

و لعلّ المحقّق لمّا رآهما متعارضین، لا یرجّح أحدهما علی الآخر أخذ بالقول بالتخییر فی المقام و قال: «و لو رأی الحاکم إحلاف الذمّی بما یقتضیه دینه أردع جاز».

ثمّ إنّ نسبة هذه الروایات مع روایة سلیمان بن خالد الأُولی و إن کان عموماً و خصوصاً مطلقاً لکن بالنسبة إلی غیرها متباینتان، لأنّ الموضوع فی کلتا الطائفتین أهل الکتاب، و الترجیح مع الطائفة الأُولی إذ روایة السکونی فی الطائفة الثانیة تحکی الفعل و وجهه غیر معلوم و قد عرفت أنّها بنفسها مرسلة الصدوق، بقیت روایة محمّد بن مسلم و هی لا تقابل ما سبق. فالأولی هو عدم الاکتفاء بغیر المتیقّن. و بالجملة الروایات المانعة ترجّح علی المجوّزه بکثرة عددها و علوّ شأن

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأیمان، الحدیث ۴، ۷، و لاحظ أیضاً ۸، ۹، ۱۰.

(۲) ۳ المذکورتان فی الوسائل: برقم ۷ و ۹ فی الباب ۳۲.

(۳) ۴ المذکورتان فی الوسائل: برقم ۴ و ۱۰ فی ذلک الکتاب.

رواتها، و إعراض المشهور عن المجوّزة، و قد حقّقنا فی محلّه أنّ إعراض المشهور یسقط الروایة عن الحجّیة.

هل المراد من الأخبار السابقة هو الحلف بلفظ الجلالة فقط أو یکفی ما یعادله فی سائر اللغات بل یکفی الأسماء المختصّة کالخالق و الرازق و ربّما یؤیّد الثانی بأنّ المراد من الأخبار الحاصرة هو نفی الحلف بغیره سبحانه لا أن یکون بخصوص اللفظ و تؤیّده روایة سلیمان بن خالد، من إیحائه سبحانه إلی أحد أنبیائه من إضافة اسمه، و الخالق و الرازق من اسمائه سبحانه و لأنّ الغایة هو الارتداع عن الحلف کاذباً و هو موجود فی جمیع الأسماء و قد عرفت أنّ المفید صرّح بجواز الحلف بکل اسمائه و إن کان الأحوط هو التحلیف بلفظ الجلالة، لا بغیره.

أُمور حول الاستحلاف

اشارهٔ

ذکر المحقّق أُمورا حول الاستحلاف و أرسلها إرسال المسلّم فنذکرها واحداً تلو الآخر:

۱- تقدیم العظة علی الیمین

قال یستحبّ تقدیم العظة علی الیمین و التخویف من عاقبتها.

استدلّ له بما ورد فی الروایات من الآثار الموبقهٔ للیمین الکاذبهٔ. «۱» و لکن لا صلهٔ لها باستحباب تقدیم العظهٔ. و مثلها ما ورد من الأمر بالاحتیاط فی حقوق المسلمین، فإنّه لا یتجاوز عن کونه أمراً إرشادیاً لا یثبت به استحباب العظهٔ فلم یبق سوی ما ورد من روایهٔ الحضرمی حیث ادّعی علی کندیّ فی أرض من الیمین، أنّه اغتصبها ابو الکندی فتهیأ الثانی للیمین فقال صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «لا یقتطع رجل مالًا بیمینه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۶، لاحظ الباب ۴ من أبواب کتاب الایمان.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۶

إلّا لقی الله یوم یلقاه و هو أجذم فقال الکندی: هی أرضه «۱» و فی سنده ما لا یخفی و مثله دلالته إذ لعلّ النبیّ کان واقفاً علی کذبه، فقدّم العظهٔ حتّی یرتدع و لا یکون دلیل علی استحبابه مطلقاً، کما لا یخفی.

۲- یکفی فی رفع الخصومهٔ مطلق الیمین

یکفی فی رفع الخصومهٔ و إنهائها مطلق الیمین لأنّ مقتضی إطلاق الأدلّهٔ، هو کفایهٔ الحلف بالجلالهٔ و حسبه أن یقول و الله ماله قبلی حقّ قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «البیّنهٔ علی المدّعی، و الیمین علی المدّعی علیه». «۲»

۳- أسباب تغلیظ الیمین

إنّ للتغلیظ أسباباً مختلفهٔ، فتارهٔ یکون بالقول کما إذا قارن حلفه بالبراءهٔ من حوله سبحانه و قوّته «۳» و أُخری بالمکان کالتحلیف عند قبر النبی، و تحلیف الیهود و النصاری فی بیعهم و کنائسهم «۴» و ثالثهٔ بالزمان کما قوله: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهادَةُ بَیْنِکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَأَصابَتْکُمْ مُصِیبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَیُقْسِمانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی وَ لا نَکْتُمُ شَهادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ) (المائدهٔ/ ۱۰۶).

قال الطبرسی: تحبسونهما من بعد صلاهٔ العصر و هو المروی عن أبی جعفر إن ارتبتم فی شهادتهما و خشیتم أن یکونا قد غیّرا أو بدّلا أو کتما أو خانا و الخطاب

---

(۱) البیهقی، السنن: ۱۰/ ۱۸۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱ و ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲، الحدیث ۳۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۲۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۷

فی تحبسونهما للورثهٔ و یجوز أن یکون خطاباً للقضاهٔ فیحلفان بالله لا نشتری به ثمناً و لا نطلب بالحلف الثمن و لو کان المشهود له ذا قربی. «۱»

۴- هل الإحلاف بالیمین المغلّظهٔ مستحبّ للحاکم؟

اشارهٔ

المشهور أنّ الإحلاف باليمين المغلّظة مستحب للحاكم استظهاراً للحكم: غير أنّ المهم وجود الدليل على الاستحباب قال الشهيد: هذا هو الحكم المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنّه مروى و ما وقفت على مستنده. «۲»

و قال العلّامة: «و ينبغى التغليظ بالقول فى الزمان و المكان فى الحقوق كلّها» «۳» و لعلّه لأجل عدم وجود دليل خاص، عبّر بلفظ «ينبغى» و لم يقل يستحبّ.

و قال السيّد الطباطبائى: لا خلاف و لا إشكال فى أنّه يكفى فى الحلف الاقتصار على قوله: «و الله ليس لفلان علىّ، كذا مثلًا» و لكن ذكروا انّه يستحب للحاكم التغليظ. «۴»

و استدل له بروايات سبع:

۱- منا ورد فى تحليف الأخرس كما فى صحيحة محمّد بن مسلم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: «و الله الذى لا إله إلّا هو عالم الغيب و الشهادة، الرّحمن الرّحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانية ...» «۵» و الرواية مشتملة على حكم شاذ و هو القضاء على الممتنع عن الحلف من دون ردّه

---

(۱) الطبرسى، مجمع البيان: ۲/ ۲۵۷.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۳.

(۳) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۹، قسم المتن.

(۴) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۰۲، المسألة ۷.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۷۸

على المدّعى و مع ذلك، فخصوصية المورد كالأخرس تمنع عن إلغاء الخصوصية.

۲- ما ورد فى يمين الاستظهار كما فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فاقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو ... «۱» و يرد عليه ما أورد على السابق من وجود خصوصية فى المورد، لأنّ المدّعى عليه ميّت، و المدّعى حىّ و لعلّ المطلوب فيه التغليظ لأنّ المدّعى عليه لا يستطيع الدفاع عن نفسه.

۳- فعل على عليه السلام فى أهل الكتاب حيث كان يستحلف النصارى و اليهود فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين. «۲»

و يلاحظ على الاستدلال بمثل ما تقدّم مضافاً إلى بُعد وجود بيوت النار فى الكوفة فى عصر الإمام عليه السلام.

۴- ۷ ما ورد فى إحلاف الظالم من التغليظ فى حديث صفوان الجمّال «۳» و كلام الإمام فى نهج البلاغة: «احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنّه برىءٌ من حول الله و قوّته». ۴ و المروى عن الإمام الرضا عليه السلام. ۵ و ما ورد فى تحليف النبى عبد الله بن صوريا اليهودى على وجود حكم الرجم فى التوراة ۶ لكن استحباب التغليظ فى مورد الظالم لا يكون دليلًا على استحبابه فى عامّة الموارد. و مثله تحليف الحبر اليهودى، فإنّ حسّاسية الموقف الجأ النبى على تحليفه باليمين المغلّظة.

و لأجل ضعف الاستدلال قال صاحب الجواهر: لم يقف على عموم يقتضى استحبابه كذلك على كلّ أحد. و على ما ذكرنا فلا يستحبّ التغليظ إلّا فى مورد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۲.

(۳) ۳- ۶ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۳ من أبواب کتاب الإیمان، الحدیث ۱ و ۲ و ۳. مجمع البیان: ۲/ ۱۹۳ ط صیدا، تفسیر الآیهٔ ۴۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۹

النصّ فاحفظه ینفعک فیما یأتی.

۵- التغلیظ إلّا إذا کان المال دون نصاب القطع

لما اختار المحقّق استحباب التغلیظ مطلقاً، استثنی منه صورهٔ واحدهٔ و قال: و یستحبّ التغلیظ فی الحقوق کلّها و إن قلّت، عدا المال فإنّه لا- یغلّظ فیه بما دون نصاب القطع قال الشیخ: لا تغلظ الیمین بأقل ممّا یجب فیه القطع، و لا یراعی بلوغ النصاب الذی تجب فیه الزکاهٔ و به قال مالک و قال الشافعی: لا تغلظ بأقلّ ممّا تجب فیه الزکاهٔ إذا کانت یمیناً فی المال أو المقصود منه المال و إن کان یمیناً فی غیر ذلک غلّظ علی کل حال و قال ابن جریر: یغلّظ فی الکثیر و القلیل ثمّ استدل بإجماع الفرقهٔ. «۱»

و یدلّ علیه خبر محمّد بن مسلم و زرارهٔ عنهما علیهما السّلام جمیعاً قالا: لا یحلّف أحد عند قبر النبیّ صلّی الله علیه و آله و سلّم علی أقلّ ممّا یجب فیه القطع. «۲»

۶- الامتناع عن الإجابهٔ إلی التغلیظ

قال المحقّق: لو امتنع عن الإجابهٔ إلی التغلیظ لم یجبر و لمیتحقّق بامتناعه نکول.

أقول: هنا مقامان:

الأوّل: هل تجب الإجابهٔ علی المنکر إذا دعاه القاضی إلی الیمین المغلّظهٔ أولا؟

الثانی: هل یتحقّق النکول بالامتناع عن الحلف المغلّظ دون غیره أو لا؟

أمّا المقام الأوّل: فقال الشیخ: التغلیظ بالمکان و الزمان استحباب دون أن

---

(۱) الطوسی: الخلاف: الجزء ۳، کتاب القضاء، المسألهٔ ۳۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۸۰

یکون ذلک شرطاً فی صحّهٔ الأیمان و وافقنا فی الأزمان و الألفاظ الشافعی. و المکان علی قولین: أحدهما مثل ما قلناه و الثانی انّه شرط. و استدل علی مختاره بأنّ کونه شرطاً یحتاج إلی دلیل و أیضاً قوله: الیمین علی المدّعی علیه و البیّنهٔ علی المدّعی و لم یذکر الزمان و المکان و ما ذکرناه من الأدلّهٔ محمول علی الاستحباب. «۱»

و قال العلّامهٔ: «و لو امتنع الحالف من التغلیظ لم یجبر علیه». «۲»

و حکی عن کشف اللثام التفصیل بین التغلیظ القولی فلا یجبر و التغلیظ بالزّمان و المکان فیجبر علیهما.

فتلخّص أنّ الأقوال ثلاثهٔ: ۱ عدم الوجوب؛ ۲ التفصیل بین الألفاظ و الأزمان فلا یجب و الأمکنهٔ فیجب التغلیظ کما علیه الشافعی فی بعض أقواله؛ ۳ التفصیل بین الألفاظ فلا یجب و أمّا الأزمان و الأمکنهٔ فیجب کما هو المحکی عن کاشف اللثام.

قد عرفت أنّ القول بالتغلیظ لم یثبت إلّا فی موارد ثلاثهٔ، فلو قیل بالاستحباب للحاکم فی خصوص تلک الموارد لکان له وجه و أمّا احتمال الوجوب للحالف فلا دلیل علی وجوبه فیها لکفایهٔ مطلق الحلف فی إنهاء الخصومهٔ حسب مقتضی الإطلاقات و إلزام المدّعی علیه حتّی فی الموارد التی ثبت جواز التغلیظ، یحتاج إلی دلیل.

و ربّما يستدلّ على وجوب الإجابة بأمرين:

۱- إذا كان التغليظ مستحبّاً للحاكم، تجب الإجابة على الحالف و إلّا تلزم اللغويّة.

يلاحظ عليه: إنّما تلزم اللغويّة إذا كان الامتناع من جانب الحالف دائمياً،

---

(۱) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب القضاء، المسألة ۳۳.

(۲) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۹، قسم المتن.

لا اتّفاقياً. فيكفى فى رفعها أن لفيفاً من الحالفين، يصدرون عن التغليظ لداع من الدواعى و هذا يكفى فى تشريع الاستحباب للحاكم على الوجه الكلّى.

۲- الحلف حقّ للمدّعى فله أن يختار أىّ قسم من أقسام اليمين.

يلاحظ عليه: انّ الحلف حكم شرعىّ لرفع الخصومة و إنهاء النزاع و قد قلنا سابقاً، أنّ كون شىء حقّاً يحتاج إلى ارضية تجعله حقّاً، كالسبق إلى مكان، فهو أحقّ به و ليس ادّعاء أحد على أحد، بلا شاهد و دليل، موجباً لكون المدّعى ذا حق على المدّعى عليه و ربّما يكون من حيث المكانة الاجتماعية أرفع منه بكثير. و لو لا- حكم الشارع باليمين لخُلِّى المنكر سبيله، كما هو الحال فى المحاكم العالميّة.

أمّا المقام الثانى فهو عبارة عن ثبوت النكول بالامتناع عن التغليظ فنقول:

إذا امتنع عن الحلف المغلّظ، فهل يحكم عليه بالنكول أو إذا توقّف عنه و عن الردّ؟ مقتضى القاعدة هو الثانى كما سبق غير أنّه يمكن استظهار خلافه من روايتين:

احداهما: رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله الواردة فى حلف المدّعى على الميّت بعد إقامة البيّنة قال: «فإن كان المطلوب بالحقّ قد مات فأُقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و أنّ حقّه لعليه فإن حلف و إلّا فلا حقّ له ...». «۱»

ثانيتهما: رواية محمّد بن مسلم فى الأخرس كما مرّ. «۲»

و مع ذلك كلّه ففى الاستدلال بهما على ثبوت النكول نظر أمّا الأُولى فلأنّ المدّعى عليه فيها ميّت، فليس بعد امتناع المدّعى عن الحلف إلّا إيقاف الدعوى إذ لا يمكن الردّ على الطرف المقابل فلا يكون الحكم بالنكول فيه دليلًا على غيره.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

و أمّا الرواية الثانية فقد مرّ احتمال أنّ الإمام ردّه على المدّعى و أنّه حلف، و عدم ذكره فى الرواية، لأجل كونه خارجاً عن المقصد الأصلى لأنّه بصدد بيان كيفية حلف الأخرس، لا كلّ ما يرتبط بالواقعة.

أضف إلى ذلك: أنّ الناكل من يمتنع عن الحلف بتاتاً لا من يمتنع عن قسم خاص منه ففى صحيحة أبى أيّوب الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام: «من حلف بالله فليُصدَّق». و فى حديث أبى حمزة عن رسول الله: «و لا تحلفوا إلّا بالله و من حلف بالله فليُصدَّق». «۱»

فقد خرجنا بالنتائج التالية:

۱- لم يثبت استحباب الإحلاف باليمين المغلّظة إلّا فى موارد خاصة.

۲- لا يجوز جبر المدّعى عليه بها حتّى فى الموارد التى ورد فيها الدليل.

۳- لا یثبت النکول بالامتناع عنها.

۷- هل تحلّ یمینه علی ترک التغلیظ باختیار الحاکم؟

لو حلف علی أنّه لا یُغلِّظ یمیناً و اختار الحاکم التغلیظَ یقع الکلام فی موردین:

۱- هل تنعقد الیمین علی ترک التغلیظ أو لا؟

۲- إذا صحّت یمینه فهل تحلّ باختیار الحاکم التغلیظَ أو لا؟

أمّا الأوّل فالظاهر من الروایات الواردة فی الأبواب الثلاثـة الأُوَل من کتاب الأیمان، کون الیمین الصادق مکروهاً قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «من أجلّ الله أن یَحلِف به أعطاه الله خیراً ممّا ذهب منه». «۲» و قال الصادق علیه السلام: «لا تحلفوا بالله صادقین و لا

(۱) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۶ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث ۱۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۸۳

کاذبین» «۱» الی غیر ذلک من الروایات فإذا کان مطلق الیمین مکروهاً فالمغلَّظ أشدّ کراهة، و فی ترکها، أکثر إجلالًا له فتصحّ الیمین.

و ربّما أشکل علی الانعقاد بوجهین:

۱- إذا کانت إجابة الحاکم واجبة، یلزم الحلف علی ترک الواجب.

یلاحظ علیه: أنّه لم یدلّ دلیل علی وجوب الإجابة و أقصـی ما یمکن أن یقال، هو الوجوب الوضـعی بمعنی أنّه لو تخلف عن الإجابة، یترتّب علیه أثره الوضعی من النکول و غیره، لا أنّه واجب علیه تکلیفاً و قد مرّ نفی کلا الأمرین.

۲- التغلیظ مستحبّ، و الیمین علی ترک المستحب، یمین علی ترک الراجح فلا ینعقد.

یلاحظ علیه: بأنّ الثابت هو استحبابه علی الحاکم، لا علی الحالف بل المسـتحبّ علیه ترک الحلف و دفع ما ادّعی علیه إذا بلغ مقدار ثلاثین درهماً. «۲» و قد عرفت عدم المنافاة بین استحبابه علیه، و عدم وجوبه أو عدم استحبابه علی المدّعی علیه و أنّه لا تلزم اللغویة.

و مـا ربّمـا یقـال من تصویر اسـتحباب التغلیـظ فی حقّ الحالف لأجل طروء عنوان خارجی علیه و هو الإجابـة لالتماس المؤمن، فیکون الحلف علی ترکها مرجوحاً، غیر تام.

لأنّه حلف علی ترک الیمین المغلّظ، و هو فی حـدّ نفسه أمر راجـح و لم یحلف علی ترکها سواء التمسـها المؤمن أم لا، حتّی یقال إنّ مفـاد الإطلاق، هو الیمین علی ترک الراجـح و قـد قلنا فی محلّه أنّ الإطلاق لیس إلّا رفض القیود لا الجمع بین القیود فالیمین المغلّظة بما هی هی مکروهة و قد حلف علی ترکها، لا أنّه حلف علی ترکها

(۱) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث ۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳ من أبواب کتاب الأیمان. الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۸۴

فی صورة التمـاس الأـخ المؤمن لهـا و علی ضوء ذلـک، فلو التمس المؤمن قبل حلفه، علی الترک، اسـتحبّت إجابته و إلّا فلا موضوع لإجابة التماسه لأنّه فی أمر جائز لا فی أمر محرم.

و أمّا المورد الثانی فقد ظهر ممّا ذکرنا عـدم انحلالها باقتراح الحاکم و ذلک لأنّ التغلیظ لیس واجباً و لا مسـتحبّاً علیه، فکیف تنحل

باقتراح الحاكم؟!

و لو حاكمهما القاضى يوم الجمعة فى المسجد، فأمر بالحلف فلا يعدّ حلًا لليمين، لأنّ المحلوف عليه ترك اليمين المغلّظة إذا تمكّن من غيرها، كما إذا طلب منه أن يحلف يوم الجمعة، مع كون المحاكمة يوم الخميس، أو يحلف فى المسجد مع كونها فى غيره و أمّا إذا كانت المحاكمة من بدء أمرها فى الأزمنة و الأمكنة الخاصة الّتى تعدُّ من أسباب التغليظ، فليس أمامه فرد آخر حتّى يترك. اللّهمّ إلّا أن يقال إنّ أمامه الفرد الآخر، و هو ردّ اليمين على المدّعى فلا يكون ذلك مسوّغاً لنقض اليمين كما سيوافيك فى القسم التالى.

و منه يعلم حكم من حلف على ترك اليمين مطلقاً، فلو كان مورد الدعوى أمراً مالياً، فالحلف منعقد، لإمكانه ترك الحلف و ردّه إلى المدّعى و أمّا إذا كان المدّعى به أمراً غير مالى كما إذا ادّعى رجل زوجية امرأة، و قد حلفت هى على ترك اليمين، فليس أمامها سوى الحلف شيئاً آخر، إذ ليس لها الردّ إلى المدّعى. لما مرّ من أنّ مورد الردّ هو الأُمور المالية.

۸- فى حلف الأخرس

ذكروا فى حلفه وجوهاً:

۱- بالإشارة المفهمة كغيره من إنشائه عقداً أو إيقاعا و إقراراً.

۲- وضع يده على اسم الله فى المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يُوضع يده عليه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۸۵

۳ تكتب اليمين فى لوح و تغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه. «۱»

أمّا الأوّل فليس له دليل خاص سوى ما ورد فى تلبيته و تشهّده و قراءته فى الصلاة بضميمة تحريك لسانه ففى رواية السكونى: عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: تلبية الأخرس و تشهده و قراءته القرآن فى الصلاة، تحريك لسانه و إشارته بإصبع. «۲»

و نسب الأوّل إلى الشيخ فى النهاية و الموجود فيها هو الجمع بين الإشارة و وضع يده على اسم الله فى المصحف «۳» و نسب الثانى إلى ابن حمزة و الموجود فى الوسيلة هو التخيير بين الأوّلين و الثالث. «۴»

و وردت فى صحّة طلاقه، كتابته الطلاق و الإشهاد عليه إذا عرف الكتابة، أو وضع مقنعتها على رأسها و اعتزالها. «۵»

و يمكن أن يقال: إنّ مجموع ما ورد فى مورد الأخرس يدلّ على عدم وجود تعبّد فى المورد و على هذا يلزم انتخاب ما هو أقرب الطرق، و بما أنّ الإشارة مع تحريك اللسان أقرب و أصرح اكتفى على ما فى رواية السكونى بها و لازم ذلك فى خصوص مورد الحلف هو الجمع بين الإشارة المفهمة و وضع اليد على المصحف و لأجل ذلك قال الإمام فى مورد طلاقه بعد ما ذكر الراوى أنّه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها قال: بالذى يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها.

و أمّا ما ورد فى الصحيحة من كتابة اليمين و غسلها و شربها فيحمل على ما إذا أريد التغليظ.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۴، الباب ۵۹ من أبواب القراءة، الحديث ۱.

(۳) الطوسى: النهاية: ۳۴۷.

(۴) ابن حمزة، الوسيلة: ۲۲۸.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۵، الباب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ۱ و ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۸۶

۹- لا يستحلف إلّا فى مجلس القضاء

۱۰- یشترط المباشرة فی الإحلاف

قال المحقّق: و لا یستحلف الحاکم أحداً إلّا فی مجلس قضائه إلّا مع العذر کالمرض المانع و شبهه فحینئذ یستنیب الحاکم من یحلّفه فی منزله و کذا المرأة التی لا عادة لها بالبروز إلی مجمع الرجال، أو الممنوعة بأحد الأعذار. «۱»

و قال العلّامة: و لا یستحلفُ الحاکم إلّا فی مجلس حکمه إلّا لعذر فیستنیب الحاکم للمریض و المخدَّرة، من یحلّفهما فی منزلهما. «۲»

أقول: هنا مسألتان:

۱- هل تعتبر وحدة مجلس الحلف و القضاء، و لا أثر لحلفه فی غیر ذلک المجلس، و إن کان مع حضور الحاکم؟

۲- یشترط فی الإحلاف مباشرة القاضی و لا تصحّ الاستنابة إلّا فی موارد خاصّة.

و لو أُرید من المستثنی منه (لا یستحلف الحاکم ...) فی کلام المحقّق، وحدة مجلس القضاء و الیمین یترتّب علیه أمران:

أ: عدم صحّة الاستثناء (إلّا مع العذر ...) إذ لم یسبق لزوم المباشرة حتّی تستثنی منه الموارد الخاصة.

ب: یلزم عدم صحّة الدعوة إلی التغلیظ فی الأماکن الشریفة و نحوه إذا کان القضاء فی غیرها

و لما حمل الشهید الثانی کلًا من المستثنی منه و المستثنی علی بیان أمرین

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۸.

(۲) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۰۳، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۸۷

ماضیین و بذلک صحّح الاستثناء و لکن حمل أمر الوحدة علی یمین غیر مغلّظ و أمّا فیها فلا مانع من التعدّد.

و یمکن أن یقال إنّ المراد من مجلس القضاء أو الحکم، مجلس القاضی و الحاکم.

و أنّ العبارتین ناظرتان إلی بیان معنی واحد، و هو کنایة عن مباشرته للإحلاف إلّا فی موارد العذر و عندئذ تنسجم العبارة بلا إشکال.

و علی کلّ تقدیر فلنأخذ بدراسة المسألتین:

أمّا شرطیة وحدة مجلس الحکم و الیمین فلا دلیل علیها، إذ لا مانع من أن یُحلّفه فی مکان أو یسمع بیّنة المدّعی فی مکان، و القضاء فی مکان آخر بعد مباشرة القاضی للأُمور. بل الدلیل علی خلافه کما إذا استحلفه فی الأماکن المقدّسة.

أمّا اشتراط المباشرة و أنّ الإحلاف لا یقبل النیابة فقد استدل علیه فی مفتاح الکرامة بعد الإجماع بأنّه المتبادر إلی الفهم من الاستحلاف فی الروایات و أنّه من تتمة الحکم و لا حکم لغیره لأنّه العالم بالکیفیة لا غیر «۱» و استظهرها صاحب الجواهر من قوله: «أضفهم إلی اسمی یحلفون به» الظاهر فی مباشرة ذلک بنفسه فلا تصحّ الاستنابة فیه حینئذ.

یلاحظ علی الجمیع بأنّ استحصال الإجماع مشکل و علی فرض وجوده غیر کاشف عن النصّ و استظهار المباشرة من الأدلّة غیر تام بشهادة الفرق الواضح بین الحلف و الاستحلاف فإنّ الأوّل لا یقبل الوکالة قطعاً، و لیس الاستحلاف مثله عرفاً. و کونه من تتمة الحکم منظور فیه بل هو من مقدّماته و یجوز التوکیل فی مقدّماته کما إذا احتاج القاضی إلی ترجمة کلامی المدّعی و المنکر، أو کتابة أقاریرهما فی ملفّ، إنّما القضاء هو الحکم بأنّ الحقّ هو الاشتغال أو البراءة.

و الذی یوضح ذلک، أنّه لو لم تقبل الاستنابة، لمّا جازت فی الموارد المذکورة فی

---

(۱) السیّد العاملی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۰۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۸۸

کلام المحقّق إذ لازم عدم القبول، هو مباشرة القاضی بالإحلاف و لو بالذهاب إلی بیوتهم لو لم یکن أمراً حرجیاً لا إلغاء قید المباشرة.

و الحقّ، أنّه لا دلیل علی وحدة مجلس الحلف و القضاء، کما لا دلیل علی المباشرة بل تکفی الاستنابة کما لا یخفی، إذا کان النائب عارفاً بأحکامه.

البحث الثانی فی یمین المنکر و المدّعی

اشارة

عقد المحقق المقصد الرابع للبحث عن أُمور ثلاثة أوّلها الیمین و قد مضی الکلام فیها و ثانیها، البحث فی یمین المنکر و المدّعی، و ثالثها فی الیمین مع الشاهد فلنأخذ بالبحث عن الثانی:

قال المحقق: الیمین یتوجّه علی المنکر تعویلًا علی الخبر، و علی المدّعی مع الردّ و مع الشاهد الواحد. و قد تتوجّه مع اللوث فی دعوی الدم.

الدعوی حقیقة عرفیة لا تحتاج إلی التعریف و هی، لا تُقبل بحکم الفطرة إلّا مع الدلیل قال سبحانه: (قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ صَادِقِینَ*) (البقرة/ ١١١) و لم یُعهد عند العقلاء إثبات المدّعی بالیمین ابتداءً و إلّا لزمت الفوضی إذ ما أکثر مِن یحلف عن کذب فیستولی علی أموال الناس عن کذب و دجل و إذا لم تقترن الدعوی بالبیّنة فطبع القضیة یقتضی إیقاف المخاصمة حتّی یأتی بالدلیل، غیر أنّ الشرائع السماویة ابتکرت إنهاء الخصومة بحلف المنکر قال رسول الله: البیّنة للمدّعی و الیمین علی من أنکر. و لأجل ذلک لا تتوجّه الیمین إلّا علی المنکر نعم استثنی منه الموارد التالیة:

١- إذا ردّ المنکر علی المدّعی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ١، ص: ۴٨٩

٢ مع الشاهد الواحد کما سیوافیک تفصیله فی البحث الثالث.

٣- فی دعوی الدم إذا کانت القرائن الظنّیة دالّة علی کون الرجل قاتلًا مع عدم البیّنة و هی المعروفة بالقسامة.

و هناک موارد لم یذکرها المحقّق نظیر:

۴- الیمین الاستظهاری علی ما سبق من الادّعاء علی المیّت. «١»

۵- إذا ادّعی شیئاً لا یعلم إلّا من قبله کما إذا ادّعت الطمث عند طلاقها.

۶- دعوی الأمین تلف العین المأمونة و قد اشتهر: «لیس علی الأمین إلّا الیمین».

٧- دعوی الغاصب التلف.

٨- یمین الزوج الصغیر (و مثله الزوجة) إذا بلغ و وقف علی أنّ الولی زوّجه من صغیرة توفّیت قبل بلوغه و ترکت مالًا فیحلف علی أن رضاه بالعقد لیس لأجل الترکة بل لو کانت حیة لرضی بعقدها و زوجیتها، علی ما حرّر فی محلّه.

کان مقتضی القاعدة فی هذه الموارد العمل بأصل البراءة و إیقاف الدعوی حتّی یقیم البیّنة، لکن عدم العمل به، لأجل أحد أمرین: إمّا دلالة القرائن علی صدق المدّعی کما فی مورد الشاهد الواحد، أو مورد الدم أو لصیانة الحقوق عن الضیاع کما فی سائر الموارد ففی إیجاب الحلف علی المؤمن نوع تحفظ علی الحقوق.

قال المحقّق: «فلا یمین للمنکر مع بیّنة المدّعی لانتفاء التهمة».

توضيحه: أنّ المحقّق علّل توجّه اليمين على المنكر بالأخبار الدالّة على أنّها للمنكر. كما علّل عدم توجّهها على المدّعى إذا كانت معه بيّنة بانتفاء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۹۰

التهمة. و معنى ذلك أنّه لو كانت البيّنة متهمة يجب أن تضمّ إليه اليمين و هو كما ترى، لما عرفت من أنّ التفصيل، قاطع للشركة فالبيّنة للمدّعى، و اليمين على من أنكر و لا تضمّ اليمين إلى البيّنة، إلّا فى مورد، أو موردين.

نعم إذا كانت البيّنة متّهمة، كان على القاضى، الفحص و التفتيش، كما لا يخفى لا ضمّ اليمين إليها.

نعم فى رواية شاذة ضمّ اليمين إلى البيّنة و هى مهجورة «۱» مضافاً إلى إرسال فى السند. كما سبق.

الحلف على الواقع أو على نفى العلم

إذا توجّه الحلف على المنكر، أو على المدّعى يقع الكلام فى كيفية الحلف و انّه هل يحلف على البتّ و القطع، أو على نفى العلم، أو يُفصّل بين فعل نفسه إثباتاً و نفياً فبالبتّ و فعل الآخر إثباتاً و نفياً فبنفى العلم أو يُفصّل فى فعل الغير بين إثباته فبالبتّ، و نفيه فبنفى العلم، وجوه:

قال الشيخ فى الخلاف: الحالف إذا حلف على فعل نفسه حلف على القطع و البتات نفياً كان أو إثباتاً و إن كان على فعل غيره فإن كان على الإثبات كانت على القطع و إن كانت على النفى كانت على نفى العلم و به قال الشافعى. و قال الشعبى و النخعى كلّها على العلم. و قال ابن أبى ليلى كلّها على البتّ.

قال: دليلنا أنّ النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم حلّف رجلًا فقال: قل و الله ما له عليك حقّ، فلمّا كان على فعل نفسه استحلفه على البتّ، و لأنّها إذا كانت على نفسه احاط علمه بما يحلف عليه، فكُلِّف بما يقدر عليه، و هكذا إذا كانت على الإثبات على فعل الغير لأنّه لا يثبت شيئاً حتّى يقطع به، فإذا كانت على النفى لفعل الغير لم يحط علمه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۹۱

بأنّ الغير لم يفعل كذا لأنّه قد يفعله و لا يعلم. «۱»

هذا التفصيل و إن كان حسناً فى بادئ النظر، لكن لا يخلو من إشكال، فإنّ الإنسان و إن كان بصيراً على نفسه و فعله، لكن ربّما ينسى ما قام به، فى مجال الإثبات و النفى و إلزامه على الحلف على الواقع مع عدم استحضاره له كما ترى، كما أنّه ربّما يقف على فعل الغير إثباتاً و نفياً كما إذا بيّت مع زيد و شاهد أنّه لم يؤدّ النفل أو الفرض. أو الدين أو الرهن و على ذلك فلا بدّ من مقياس آخر، يعيِّن كيفية الحلف.

و هناك قول رابع و هو الفرق بين مورد يسهل الاطّلاع على الواقع، فبالبتّ و ما يعسر عليه فبنفى العلم، من غير فرق بين الحلف على فعل الشخص أو فعل الغير.

كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار

و الـذى يمكن أن يقال أنّ وزان اليمين فى مقام الإنكار، وزان البيّنة فى مجال الإثبات، فكما أنّه يشترط فى الاحتجاج بالبيّنة مطابقتها، للمـدّعى بأن تثبت ما يـدعيه المـدّعى فهكـذا الحلف فالمنكر، يُحتـج بحلفه على صـدقه فى الإنكار، فلا بـدّ أن يكون مطابقاً، لإنكاره حـذوَ مطابقـة البيّنـة للادّعاء. و على ضوء ذلك فلو كان الإنكار متعلّقاً بالواقع بمعنى أنكر أن يكون مديوناً كذلك، فعليه الحلف على البتّ و القطع، فلو قـال المـدّعى: بعتُك شـيئاً بثمن كـذا أو أقرضـتك كـذا أو جنيتَ علىّ كـذا، و أجـاب المنكر لم يكن واحـد منه، فيحلف على البتِّ و اليقين، و على عـدم وقوع شـىء منه لما ذكرنا من أنّ شأن اليمين تأكيد ما ينكره المنكر، كما أنّ شأن البيّنة إثباتُ ما يدّعيه المدّعى فلا محيص عن التطابق.

و لو كان الإنكار متعلّقاً بنفى العلم و أنّه لا يذكر شيئاً و كان المدّعى يكذِّبه،

---

(۱) الطوسى، الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۳۴.

و يدّعى علمَه بالواقع، فعليه الحلف على نفى العلم.

و لو صـدّقه على عـدم علمه و أنّه صادق فى قوله: «أنّه غير ذاكر»، فيسـقط الحلف لعـدم الحاجـة إليه فصارت الأقسام ثلاثة يحلف فى واحد على البتِّ، و فى واحد آخر على عدم العلم، و فى ثالث يسقط الحلف بتصديق المدّعى، عدم ذكْر المنكر.

و على ما ذكر من أنّ وزان يمين المنكر، وزان بيّنة المدّعى، تستغنى المسألة عن إقامة أىّ دليل.

و احتمل المحقّق الأردبيلى فى صدر كلامه كون الواجب هو الحلف على البتّ، مطلقاً لأنّه الوارد دون غيره حيث حلَّفَ أمير المؤمنين الأخرس على عـدم ثبوت الحقّ عليه، لا على نفى العلم. «۱» و كـذا ما تقدّم من الدعوى على الميّت مع البيّنة فإن الحلف هناك كانت على الثبوت و الجزم. «۲» و ما تقدّم فى صحيحة ابن أبى يعفور حيث حلف أن لا حقّ له قبله. «۳»

ثمّ إنّه رتّب على مـا ذكره أنّه لو قـال المنكر: إنّى مـا أحلف على عـدمه فـانّى مـا أعلم، بـل أحلف على عـدم علمى بثبوت حقّك فى ذمّتى، لا يكفى بل يؤخـذ بالحقّ بمجرّد ذلك حينئـذ إن قيل بالقضاء بالنكول، أو بعد ردّ اليمين على المدّعى إن لم نقل به ثمّ احتمل عدم القضاء بالنكول و إن قيل به فى غيره بل يجب الردّ، بل احتمل الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل. «۴»

يلاحظ عليه أوّلًا: بأنّ الروايات المذكورة لا تثبت ضابطة كلية، فإنّ المورد فيها قابل للحلف على الواقع فلا تكون دليلًا على ما لا يقبل.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۴) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۹۱.

و ثانياً: كيف يمكن الحكم بالنكول إذا لم يحلف على الواقع لعدم قدرته على الحلف؟ أو كيف يمكن أن يردّ اليمين الّتى ليس مالكاً لها، فإنّ القضاء عليه بالنكول أو بالردّ، ثابت، فيما إذا تمكّن من الحلف و لم يحلف أو لم يردّ، لا ما إذا لم يتمكّن؟

نعم لو ردّ المنكر الحلف على المدّعى فيما يصحّ له الحلف فليس للمدّعى إلّا الحلف على البتّ، لأنّه يريد أن يتصرّف فى مال الغير، و لا يتصـرّف فيه إلّا بالعلم بكونه محقّاً. و كم فرق بين المنكر الذى ربّما يُكتفى فيه باليمين بعدم العلم، و المدّعى الذى لا يكتفى فيه إلّا بالحلف البتّ، فإنّ المنكر معه أصل البراءة، و هو بيمينه مـدعم له، بخلاف المـدّعى، فالأصل مخالف لادّعائه و لا يعدل عن الحجّة إلّا

بالحجّة أى العلم بالاشتغال.

الحلف البتّ اعتماداً على الأصل

اشارة

ثمّ إنّ الوارد فى غير واحد من الروايات، عدم الحلف إلّا عن علم، ففى صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله: «لا يحلف الرجل إلّا على علمه» «۱» و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل إلّا على علمه» ۲ و غيرهما. و الكل متّفق على أنّ الرجل يحلف أو يستحلف على ما علم أو بمقدار ما علم.

و على ضوء هذا فلا يحلف إلّا عن علم أو ما نزّله الشارع منزلة العلم، و جعله حجّة أو أمضى عمل العقلاء به لأجل كونه طريقاً إلى الواقع، فيشمل ما إذا قامت البيّنة عليه، أو خبر العدل على القول بحجّيته فى الموضوعات أو اليد و قد ورد بها النصّ فى حديث حفص بن غياث ۳ و أمّا الحلف اعتماداً على أصالة

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۲۲، من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ۲۱ و انظر الحديث ۳ و ۴ من هذا الباب.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۴

الصحّة أو الاستصحاب فمشكل جدّاً و إن قال المحقّق: و تجوز الشهادة على الاستصحاب كما سيوافيك فى بابها.

فروع تمرينية

ذكر المحقّق فى الشرائع و الشهيد فى المسالك و النجفى فى الجواهر فروعاً تعدّ مسائل تمرينية بالنسبة إلى الضابطة الّتى قدّمها المحقّق و غيره لكيفيّة الحلف و الجميع تبتنى على الفرق بين فعل النفس، فبالبتّ و فعل غيره فبنفى العلم خلافاً لما حققناه و لأجل عدم صحّة الضابطة ندرس هذه الفروع و نأتى بما ذكره القوم بنصوصه ثمّ نذكر ما هو المختار.

قال المحقّق:

۱- لو ادّعى عليه ابتياع شيء أو قرض أو جناية فأنكر.

۲- لو ادّعى على أبيه الميّت.

۳- لو ادّعى قبض وكيله ما عليه من الدين.

فذكر: فى الأوّل انّه يحلف على الجزم و فى الثانى لم يتوجّه عليه اليمين بالبتّ ما لم يدَّع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم و مثله الثالث.

و ما ذكره مطابق لما اختاره من الفرق بين فعل النفس فيحلِف على البتّ، و فعل الغير، فلا يحلف إلّا على نفى العلم و أمّا على ما ذكرناه فتتبع كيفيةُ الحلف، كيفيةَ الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير فيصحّ فى الأوّل، الحلف على نفى العلم، إذا قال لا علم لى بما تقول، و فى الثانى و الثالث، على نفى الواقع، إذا أنكر كون أبيه جانياً أو وكيله آخذاً، و أنّه عالم بالعدم كما ربّما يتفق. و هذه الفروع هى الّتى ذكرها المحقّق و إليك ما ذكره الشهيد الثانى و غيره:

۴- لو ادّعى عليه أنّ عبده جنى على المدّعى ما يوجب كذا فأنكر قالوا فيه وجهان:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۵

أحدهما: أنّه یحلف علی نفی العلم لأنّه حلف متعلّق بفعل الغیر.

الثانی: أنّه یحلف علی البتّ لأنّ عبده ماله و فعله کفعل نفسه و لذلک سُمِعَتْ الدعوی علیه.

و ربّما بنی الوجهان علی أنّ أرش الجنایهٔ یتعلّق بمحض الرقبهٔ أم یتعلّق بالرقبهٔ و الذمّهٔ جمیعاً حتّی تُتبَعَ «۱» بما فضُل بعد العتق فإن قلنا بالأوّل حلف علی البتّ لأنّه یحلف و یخاصم لنفسه و إن قلنا بالثانی فعلی نفی العلم لأنّ للعبد علی هذا ذمّهٔ تتعلّق بها الحقوق، و الرقبهٔ کالمرتهنهٔ بما علیه «۲»

لا یـذهب علیک أنّ بناء الأحکام الشـرعیهٔ علی هذه الوجوه لا یصحّ علی أُصولنا فالأولی أن یقال إنّ کیفیهٔ الحلف تتبع کیفیهٔ الإنکار. سواء عـدّ فعـلُ العبـد فعلَ نفسه أو لا، إذ لو لم یکن عالماً بالواقع و افترضـنا کون فعله فعل نفسه کیف یحلف علی البتّ، و لو افترضـنا علمه به یحلف علی الواقع، و إن لم یکن فعلُه، فعلَ المولی.

۵- ما إذا ادّعی علیه أنَّ بهیمته اتلفت زرعاً أو غیره حیث یجب الضـمان بإتلاف البهیمهٔ فأنکر قیل یحلف علی البتّ لأنّ البهیمهٔ لا ذمّهٔ لها، و المالک لا یضمن بفعل البهیمهٔ و إنّما یضمن بالتقصیر فی حفظها و هذا أمر یتعلّق بنفس الحالف.

و الظاهر عدم الفرق بین کون مصبّ الدعوی تقصـیره فی حفظها، أو إتلافها الزرع أو غیره مع اجتماع سائر شـروط الضـمان فالإتلاف فی کلتا الصورتین یستلزم الضمان فعلیه الحلف، فتتبع کیفیهٔ الإنکار.

---

(۱) المسالک: ۲/ ۴۱۴، الظـاهر أنّ الفعـل مؤنث مبنیّ للمفعول و الضـمیر یرجع إلی الذمّـهٔ أی تکون ذمّـهٔ العبـد هی المسئولهٔ لأرش الجنایهٔ الزائد علی قیمهٔ العبد. فالمولی هو المسئول بمقدار قیمته، و أمّا الزائد علیها فعلی ذمّهٔ العبد یؤدیها بعد العتق.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۱۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۹۶

۶- لو نصب البـائع وکیلًا لیقبض الثمن و یُسَـلِّمَ المبیع فقـال له المشتری أنّ موکّلک أذن فی تسـلیم المبیع و أبطل حقّ حبس المبیع و أنت تعلم فوجهـان أنّه یحلف علی نفی العلم و یـدیم الحبس إلی استیفـاء الثمن لأنّـه حلف علی فعـل الغیر، و الثانی یحلف علی البتّ لأنّه یثبت لنفسه استحقاقَ الید علی المبیع.

و أنت تعلم، أنّه إذا أنکر الوکیل إذن الموکّل من رأس لما ذا یحلف علی نفی العلم، ثمّ کیف یحلف علی البتّ فیما إذا لم یکن واقفاً علی الواقع، و الحقّ أنّ کیفیهٔ الحلف تتبع کیفیهٔ الإنکار.

۷- لو طولب البـائع بتسـلیم المبیع فـادّعی حـدوث عجز عنه و قـال للمشتری: أنت عـالم به، قیـل یحلف علی البتّ لأنّـه یسـتبقی بیمینه وجوب تسلیم المبیع إلیه، و یحتمل الحلف علی نفی العلم لأنّ متعلّقه فعل الغیر.

و فی کلا الوجهین مـا لا یخفی، لأنّه کیف یحلف بـالبتّ علی نفی العجز، إذا لم یکن له علم علیه، أو لما ذا یحلف علی نفی العلم، بعدم العجز، إذا کان عالماً بالعجز.

۸- إذا مات عن ابن فی الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوک فالمیراث بیننا، فأنکر قیل یحلف علی البتّ لأنّ الاخوهٔ رابطـهٔ جامعهٔ بینهما، و یحتمل قویّاً حلفه علی نفی العلم. «۱»

و یعلم ضعفه ممّا ذکرناه فی الفروع السابقهٔ و المیزان هو ما ذکرناه ثمّ إنّ المحقّق ذکر فروعاً قد تبیّن أو تقدّم حکمها و قال:

۱- أمّا المدّعی و لا شاهد له فلا یمین علیه: لقوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم البیّنهٔ للمدّعی و الیمین علی من أنکر «۲» لما تقدّم من أنّ التفصیل قاطع للشرکهٔ.

---

(۱) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۱۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳، من أبواب کیفیهٔ الحکم.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۹۷

۲ إذا نکـل المـدّعی علیه عن الحلف أو ردّ، تتوجّه الیمین علی المـدّعی، و یحلف علی الجزم. و قـد مضـی ما هو الحقّ و أنّه لا یکفی النکـول، بـل یتوقّف علی الردّ و لاـ یکفی الحلف علی نفی العلم، لأـنّه یـدّعی الحقّ علی الطرف الآـخر علی وجه الجزم فیحلف طبق ادّعاءه، و بعبارهٔ هو یدّعی أمراً علی خلاف الأصل فلا یعدل عنه إلّا بحجّهٔ قطعیهٔ.

۳- لو ردّ المنکر الیمین، ثمّ بذلها قبل الحلف، و قد مضی الکلام فیه. «۱»

ما هو المحلوف علیه

اشارهٔ

قـد عرفت انّه یشترط أن یکون الحلف مطابقاً للإنکار من حیث البتّ و عـدمه و لا نعید، و یقع الکلام فی مطابقهٔ المحلوف علیه لأحد الأمرین: ادّعاء المدّعی، أو جواب المنکر قبل الحلف أو عدمها، فهناک احتمالات ثلاثهٔ:

الأوّل: الحلف وفق الادّعاء

لو ادّعی علیه أمر مطلق کما إذا قال: لی علیک مائـهٔ دینار فیجب أن یکون المحلوف علیه نفس ما جاء فی کلام المدّعی و أمّا إذا قال لی: علیک من ثمن مبیع أو أُجرهٔ أو غصب کذا دینار، فیلزم أن یکون المحلوف علیه وفقَ ما ادّعی علیه، سواء أجاب فی مقام الإنکار، بنفی المسبب أی الاستحقاق من دون ذکر أیّ سبب، أو نفی السبب کما إذا قال لم أغصب أو لم أستأجر.

و هذا الاحتمال و إن لم یذکره المحقّق و شرّاح الشرائع لکنّه أوفق بمقام القضاء فإنّه أمر عرفی فإذا ادّعی علیه شیء فالجواب الحقیقی لـدی العرف، هـو نفی مـا ادّعی علیـه و لـو أحلفـه الحـاکم، یجـب أن یحلـف علی نفی مـا ادّعی علیـه و لـو افترضـنا أنّه أجـاب بنفی الاستحقاق، فیعدّ الجواب انحرافاً عن الجواب الحقیقی،

---

(۱) لاحظ ص ۴۱۳ من کتابنا هذا.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۴۹۸

فلا یصحّ الحلف علیه بعد الاعتراف بالانحراف.

و مثله ما إذا ادّعی علیه بالجنایـهٔ، فالإجابهٔ بنفی الاسـتحقاق لا یعدّ جواباً حقیقیاً، فکیف یصحّ الحلف علیه. و هذا الوجه و إن لم یذکر فی کلامهم لکنّه هو القدر المتیقّن من أدلّهٔ الحلف، و لیس فی الروایات دلیل خاص حتّی یؤخذ بمضمونه.

و أمّا روایـهٔ تحلیف الأخرس الـذی ادّعی علیه دین و لم یکن للمـدّعی بینـهٔ، فحلَّفه الإمام بالنحو التالی: لیس قبل فلان أعنی الأخرس حقّ، و لا طلبهٔ بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب. فلا یعدّ مثل ذلک مخالفاً لما ذکرناه فإنّه نفی جمیع الأسباب التی منها الدین. و النفی الاستغراقی أتمّ فی نظر العرف من نفی خصوص الدین علی أنّک عرفت ضعف الحدیث.

هـذا و لکن الـذی یصـدّنا عن الافتاء به، هو أنّ إلزام المنکر، علی الإجابهٔ وفقَ الادّعاء ربّما یجرّ الضـرر، کما إذا ادّعی المدّعی، الدین علیه و کان المنکر قـد أدّاه بلا شاهـد. فلو أُلزم علی الحلف علی وفق الادّعاء بأن یقول: «ما اسـتدنت» یلزم الحلف علی الکـذب، و إن اعترف بالـدین لکن ضمّ إلیه القول بالأداء، یلزم الانقلاب، و یکون المنکر مدّعیاً، و لم یتوجّه الیمین إلیه ابتداءً إلّا إذا ردّ المدّعی إلیه الیمین.

فلأجل ذلک المحذور هناک طریقان:

۱- یحلف علی نفی الادّعاء لأجل الضـرورة لدفع الضرر. ۲ لیس للقاضـی إلزام المنکر رعایهٔ ادّعاء المدّعی، و الجواب و الحلف علی إنکاره.

الثانی: الحلف وفق الجواب

إنّ المنکر قبل أن یحلف، یجیب بشیء، ثمّ یؤمر بالحلف و هناک صور نذکرها:

۱- إذا لم یذکر السبب فی الادّعاء و لا فی الجواب بأنّ لی علیک مائهٔ دینار

و أجاب بنفی الاستحقاق، فلو حلف علی نفی الاستحقاق کان الحلف وفق الجواب، بل وفق الادّعاء أیضاً.

۲- إذا ذکر السبب کالقرض و الغصب، و نفی السبب المدّعی فی الجواب، و حلف علی نفی السبب الوارد فی الجواب، کان الحلف وفق الجواب بل الادّعاء.

۳- إذا ادّعی غصباً أو إجارهٔ و أجاب بنفی الاستحقاق، کان علیه رعایـهٔ الجواب و الحلف علی نفی الاسـتحقاق لکون الملاک کون الحلف وفق الجواب و لا خلاف فی هذه الصور الثلاث.

۴- نعم إذا ادّعی علیه سبب خـاص کـالغصب و الإجارهٔ و أجاب بنفی السبب الخاص و حلف علی نفی الاسـتحقاق فنقل عن الشیخ لزوم کون الحلف علی وفق الجواب، و لاـ یکفی نفی الاسـتحقاق و لکن عبـارته فی المبسوط لا تـدلّ علی التعیین بل ذکر القولین بلا ترجیح قال:

إذا ادّعی علیه رجـل حقّاً بجهـهٔ خاصّـهٔ بأن یقول: غصـبتنی علیّ کـذا أو اشتریتُ منه کـذا أو أودعتُه کـذا فإن قال: لا حقّ له علیّ فإنّه یحلف علی ذلک و لا یحلف علی أنّه ما غصب و ما أودِع. (الصورهٔ الثالثهٔ فی کلامنا).

فإن قال الجواب: ما غصبتُ و لا أُودعتُ قال: قوم یحلف علیه (و هو الذی نسـبه المحقّق إلی الشیخ) و قال آخرون: یحلف علی أنّه لا حقّ له علیه. «۱»

الثالث: کفایهٔ الحلف علی نفی الاستحقاق

و هذا خیرهٔ المحقّق قدّس سرَّه، قال فی حقّ الصورهٔ الرابعهٔ: و إن اقتصر علی نفی الاستحقاق کفی. و قدرته علی الحلف علی الخاص (کما یظهر من جوابه قبل الحلف) لا یثبت تعیّنه و ربّما یتعلّق الفرض بتغیّر المحلوف علیه.

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۰۷.

صیرورهٔ المنکر مدّعیاً

قال: و لو ادّعی المنکر الإبراء أو الإقباض فقـد انقلب المنکر مـدّعیاً، و المـدّعی منکراً فیکفی المدّعی (الأوّل) الیمین علی بقاء الحقّ و لو حلف علی نفی ذلک کان آکد لکنّه غیر لازم.

هـذا هو المعروف المطـابق للقاعـدهٔ و لاـ کلاـم فیه إنّمـا الکلام فی بعض صور المسألـهٔ و هو أنّه إذا أتی المـدّعی بالبیّنـهٔ أو استمهل

القاضی فی إحضار البیّنة، و إلّا فیکون مدّعیاً و المدّعی الأوّل منکراً و لکن للقاضی إحلاف المدّعی الأوّل رضی المدّعی الثانی به أو لا، أمّا إذا رضی فواضح و أمّا إذا لم یرض و أراد إیقاف الدعوی بحجّة أنّه صار مدّعیاً و الحلف حقّ للمدّعی أوّلًا و له الانصراف عن دعواه و إیقافها ثانیاً، فلا تسمع لبطلان دلیلیه أمّا الأوّل فلما مرّ من أنّ الحلف حکم شرعی و أداة شرعیة لإنهاء الخصومة، و المخاطب به هو القاضی، فله طلب البیّنة من المدّعی، و الحلف من المنکر حتّی تنتهی الخصومة و أمّا کون الاستحلاف حقّاً للمدّعی فلم یثبت کما مرّ نعم له أن یرغب عن استمرار المحاکمة و یرفع الید، لا أنّه حقّ له و سیأتی الکلام فی إعراضه عن استمرارها فی المقام.

و ما فی صحیحة عبد اللّه بن یعفور عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «إذا رضی صاحب الحقّ بیمین المنکر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهبت الیمین بحقّ المدّعی فلا دعوی له» «۱» فلیس ظاهراً فی أنّه حقّ للمدّعی، بل مفاده أنّه لو أراد استمرار المحاکمة، فله إحلافه لا أنّ الإحلاف حقّ له غایة الأمر له الإعراض عن استمرارها فینتفی الحلف لا لإعراض صاحب الحقّ عن حقّه، بل لانتفاء الموضوع.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱، و قریب منه حدیث النخعی فی الباب ۱۰ من تلک الأبواب الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۱

و أمّا الثانی أی الإعراض عن الاستمرار فی المقام فالقدر المتیقّن منه ما إذا کان المدّعی بادئاً، لا ما إذا کان منکراً، ثمّ صار مدّعیاً بادّعاء سقوط الحقّ و بعبارة أُخری، حقّ الإعراض لمن یدّعی ثبوت الحقّ، لا سقوطه و إلّا یلزم الفوضی فی القضاء الإسلامی و کلّ منکر بسلوک هذا الطریق یُنهی المخاصمة لصالحه و هو کما تری.

کلّما تسمع الدعوی بلا بیّنة یتوجه معه الیمین

إنّ الدعوی علی قسمین: قسم لا- تسمع بلا- بیّنة کالحدود، فلیس فیها الیمین و قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «ادرءوا الحدود بالشبهات، و لا شفاعة و لا کفالة و لا یمین فی حد». «۱» و قسم تسمع الدعوی بلا بیّنة و یجب علی المدّعی علیه، الجواب بنحو من الأنحاء السابقة: الإقرار، الإنکار، أو عدم العلم به.

و لکن قد سبق انّ سماع الدعوی علی وجه الإطلاق و لو فیما دلّت القرائن علی بطلانها مشکل جدّاً مثلًا لو ادّعی أرذل الناس، حقّاً علی أشرفهم بحیث تشهد مکانة المدّعی علیه علی أنّه أرفع من الدعوی التی أُقیمت علیه، فما دلّ علی سماع الدعوی منصرف عن هذه الصورة و ربّما یکون غرض المشتکی من إقامة الدعوی إهانة الطرف الآخر.

إذا عرفت ذلک فاعلم أنّه إذا توجّه الیمین علی المنکر، فله أن یحلف، و إلّا فإن نکل أو ردّ الیمین علی المنکر، فیحلف المدّعی. و هذا ممّا لا غبار علیه فی الجملة:

ثمّ إنّ هنا اختلافاً فی القضاء بالیمین فی موردین:

الأوّل: فی القضاء بالیمین المردودة مطلقاً أو فی بعض الموارد.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۴ و لاحظ روایات الباب.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۲

توضیحه: أنّ واجب المدّعی تارة هو الإتیان بشاهدین و لا یکفی الإتیان بشاهد و امرأتین، و أُخری، یکفی کلّ واحد منهما و عندئذ

يقع الكلام فى يمينه فهل تقوم يمينه، مقامها فى كلا ـ القسمين أو تقوم مكان القسم الأخير و أمّا ما لا يقضى فيه إلّا بشاهدين، فلا تكفى فيه اليمين المردودة.

الثانى: هل تختصّ اليمين المردودة بالأموال أو تعمّ الحقوق؟ و إليك الكلام فى الأمرين:

أمّا الأوّل، فقد قال الشيخ:

إذا نكل المدّعى عليه، ردّت اليمين على المدّعى فى سائر «۱» الحقوق و به قال الشعبى و النخعى و الشافعى. و قال مالك إنّما تردّ اليمين فيما يحكم به بشاهد و امرأتين دون غيره من النكاح و الطلاق و نحوه.

ثمّ استدلّ الشيخ بما ورد فى قتل عبد الله بن رواحة فى خيبر لما ادَّعت الأنصار على أنّ اليهود قتلوه فقال لهم النبىّ: تحلفون خمسين يميناً و تستحقون دم صاحبكم فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه فقال: «يحلف لكم اليهود خمسين يميناً فقالوا إنّهم كفّار» فنقل النبى من جانب المدّعى إلى جانب المدّعى عليه و هذا حكم بردّ اليمين عند النكول و كانت الدعوى فى قتل العمد. و الدماء لا يحكم فيها بشاهد و امرأتين. «۲»

أمّا الثانى: فهل هى حجّة فى مورد الأموال، أو يعمّها و الحقوق كدعوى العتق و النسب و النكاح و الطلاق و الرجعة و الفيئة فى الإيلاء ذهب المحقق إلى حجّيتها فى الأموال و الحقوق و قال: «و كلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه، يتوجّه معه اليمين» أى كلّ مورد تسمع الدعوى بلا بيّنة و يستحقّ بها الجواب عن الخصم يتوجّه اليمين على المنكر، و الحقوق كالأموال تسمع فيها الدعوى بلا بيّنة.

---

(۱) الظاهر انّ السائر: بمعنى الجميع.

(۲) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۳۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۳

و قال العلّامة: و يحلف الكامل فى إنكار المال و الولاء و الرجعة و النكاح و الظهار و الإيلاء.

قال السيّد العاملى فى شرح عبارة العلّامة: أنّه يحلف فى كلّ ما تتوجّه فيه الدعوى و تصحّ فى حقوق الناس و يُلْزم المدّعى عليه بالجواب بالإقرار و الإنكار بحيث لو أقرّ بمطلوبها ألزم به إلى أن قال: و نبّه بهذه الأمثلة على خلاف بعض العامّة لأنّ منهم من لا يرى اليمين فى غير المال و منهم من لا ـ يراها إلّا فيما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين. «۱» و قد عرفت ضعف التفصيل فيه و أمّا التفصيل بين الأموال و الحقوق، فترده إطلاقات الباب. «۲» نعم ورد فى بعض روايات الباب إنّ الله حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى أموالكم إنّ البيّنة على المدّعى، و اليمين على المدّعى عليه ... «۳» لكن المراد من الأموال هو غير الدماء بشهادة أنّ اليمين على المدّعى مختصّة بالدماء.

استدل الخصم على أنّها مختصّة بالأموال، قالوا إنّ المطلوب من التحليف، الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول نازل منزلة البذل و الإباحة و لا مدخل لهما فى هذه الأبواب أى غير باب الأموال.

أقول: ما ذكره اجتهاد فى مقابل الإطلاقات.

و على كلّ تقدير، فإنكار النسب و الحلف عليه إنّما تصحّ إذا ترتّب عليه أثر كوجوب النفقة و التحريم و الإرث لا مطلق النسب و أمّا الظهار و الإيلاء، فإن ادّعتهما المرأة فتسمع، لتضمّنها الأثر و هو أنّها تطلب حقّها كالدخول فى أربعة أشهر و يتوجّه عليه الجواب بأحد الوجوه الماضية و إن ادّعاهما الزوج فتسمع بلا بيّنة لأنّه ممّا يرجع إليه و من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

---

(۱) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۱۰۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۴

و أمّا الطلاق فإن ادّعته الزوجة فلا تسمع بلا بيّنة و يتوجّه الجواب على الزوج بأحد الوجوه و أمّا إذا ادّعاه الزوج فتسمع بلا بيّنة لأنّه من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

و مع ذلك كلّه فالقضاء باليمين فى مطلق الحقوق ابتداءً و ردّاً لا يخلو من منع و قد أشرنا إليه سابقاً، و إليك الإشارة لبعض الموارد الممنوعة:

۱- إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة فأنكرت كان عليها الحلف لا الردّ لأنّ ردّها إلى الرجل تعبير آخر عن الالتزام بزوجيتها للمدّعى إذا حلف، مع أنّها تعتقد بكونها أجنبية.

۲- القضاء بنكول المرأة عند الحلف على عدم كونها زوجة للمدّعى فإنّ القضاء بالنكول على القول به إنّما يصحّ إذا صحّ الردّ، لا ما إذا كان فى الردّ محذور كما فى المقام فلا يقضى بالنكول.

۳- إذا ادّعى الزوج الرجعة فى العدّة بعد انقضاءها و أنكرت، فلها الحلف و ليس لها الردّ لاشتماله على المحذور السابق.

۴- إذا ادّعت الطلاق و أنكر الزوج، فليس للزوج ردّ اليمين فإنّ فى ردّها إلى الزوجة نوع اعتراف بطلاقها و أنّه يجوز لها التزويج من رجل آخر إذا حلفت، مع انّه يدّعى زوجيتها.

فإن قلت: كيف جاز للمنكر ردّ اليمين إلى المدّعى فيما إذا كان المدّعى به ديناً أو عيناً مع أنّ فيه أيضاً نوع اعتراف على أنّ الحق حقّه و أنّه مديون ...؟

قلت: إذ غاية ما يلزم من ردّ اليمين إلى المدّعى تخلية السبيل للمدّعى الحالف لأن يتصرّف فى ماله فلو كان هناك عصيان فإنّما يتوجّه على المدّعى الحالف، لا على المنكر الرادّ، و هذا بخلاف ما إذا ردّت المرأة المنكرة للزوجيّة اليمين على الزوج، فانّ مرجعه إلى تسليم نفسها للمدّعى للتمتّع المحرّم القائم بها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۵

مسائل سبع:

المسألة الأُولى: فى الدعوى على الوارث

۱- إذا ادّعى على الوارث، بالدين على مورّثه، فصحّة الادّعاء واقعاً تتم بتحقق شروط أربعة:

۱- موت المورّث؛

۲- اشتغال ذمّته بالدين؛

۳- كون المدّعى عليه وارثاً له؛

۴- تركه مالًا فى يده. فلو فُقِدَ واحد من هذه الشروط لما صحّ الادّعاء واقعاً و منه تعلم حال مقام الإثبات، فلا تصحّ إقامة الدعوى عليه، إلّا بادّعاء العلوم الأربعة على الوارث: أنّه عالم بموته، و دينه للمدّعى، و كونه وارثاً له، و تركه مالًا فى يده، و لو جَهل واحداً منها و صدّق المدّعى جهله به لما صحّت إقامة الدعوى عليه.

و هنا سؤال و هو أنّه ما الفرق بين إقامة الدعوى على الميّت، و الدعوى على الوارث، حيث إنّه لا تتوجّه اليمين على الوارث فى الصورة الأُولى، بخلاف الثانية، فإنّه لا يترك الوارث إلّا باليمين على عدم كون مورّثه مديوناً.

و الجواب واضح، ففى الأُولى يُصدِّق المدّعى، جهلَ الوارث بأحد الشروط السابقة و بالأخص كون المورّث مديوناً فلأجله، لا يتوجّه

الحلف على الوارث لعدم النزاع فى عدم علمه و يتوقّف تنجّز الدعوى على البيّنة و حلف المدّعى على ما فى الخبر «۱»، بخلاف المقام فالمدّعى علم الوارث بدينه و سائر الشروط و تصحّ عندئذ إقامة الدعوى عليه و إن لم يكن مع المدّعى بيّنة و لا يمين و لأجل ذلك قال المحقّق: «و لو ساعد المدّعى على عدم أحد هذه الأُمور لم يتوجّه» و قال فى الجواهر:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۶

لم يتوجه له عليه دعوى فضلًا عن اليمين.

۳- إنّ المحقّق حسب مختاره فى المسألة السابقة، فصّل فى كيفية الحلف بين فعل الغير كموته و اشتغال ذمّته بالدين، و فعل النفس ككون المال فى يده، فاكتفى فى الأوّل بالحلف على نفى العلم دون الثانى فألزم الحلف على الميّت، و قال: لو ادّعى عليه العلم بموته، أو بالحقّ كفاه الحلف أنّه لا يعلم. نعم لو أثبت الحقّ و الوفاة و ادّعى فى يده مالًا حلف الوارث على القطع. «۱»

يلاحظ عليه: بما ذكرناه سابقاً و هو أنّ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير، و كون المحلوف عليه فعل الغير، لا يلازم عدم العلم به، كما أنّ كونه فعل النفس لا يلازم العلم به.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، ص: ۵۰۶

و بما أنّه لا تصحّ إقامة الدعوى على الوارث إلّا بادّعاء العلم عليه، يصحّ الحلف على عدم العلم، حلفاً بتّياً حسب ما يُدّعى عليه. و إلى ما ذكرنا يشير صاحب الجواهر بقوله: «بل لا يبعد فى الوارث و غيره الإلزام بيمين البتّ التى هى الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادّعى أنّه عالم بذلك و يترتّب عليه حكم النكول». «۲»

۴- قد علمت أنّ تنجز الدعوى يتوقّف على ثبوت الأُمور الأربعة و علم الوارث به فعندئذ فهل تجب عليه، أيمان متعددة، حسب تعدّد الادّعاء أو تكفى اليمين الواحدة؟ و الظاهر هو الثانى، لكفاية نفى واحد منها فى سقوط الدعوى عن التنجّز من دون حاجة إلى التعدّد.

المسألة الثانية: الدعوى فى الحدود

قال المحقق: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرّدة عن البيّنة.

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۹۰.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۷

و ذلك لأنّ من شرائط الدعوى أن يكون المدّعى مستحقاً لموجب الدعوى كأن يكون مالكاً، أو ولياً أو وكيلًا أو وصيّاً على نحو يُصحح إقامة الدعوى و أمّا الحدود فإنّها حقّ الله تعالى، و لا صلة لها بالناس، و المستحقّ لم يأذن فى الدعوى و لم يطلب الإثبات بل أمر بالخلاف حيث قال: ادرءوا الحدود بالشبهات. «۱» و قال: فوالله لتوبته فيما بينه و بين الله أفضل من إقامتى عليه الحدّ «۲» و لا يعدّ قبولها مع البيّنة دليلًا على صحّة إقامة الدعوى بل القبول لأجل ثبوتها بها.

و هنا وجه آخر لعدم سماع الادّعاء فى الحدود مجرّداً عن البيّنة، و ذلك لأنّ قبوله بلا بيّنة يستلزم توجّه الحلف على المنكر، مع أنّه تضافرت الروايات على عدم اليمين فى الحدود. «۳»

أقول: كان على المحقّق استثناء موردين:

۱- من عليه إصلاح البلاد و تطهيرها من الفساد كالمحتسب المتولّى من السلطان العادل فإنّ وظيفتهم فوق وظيفة المتطوّع للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فإذا شاهدوا دبيب الفساد فى المجتمع، و إن كان تحت الستار، فعليهم سدّ الفساد بالأسباب الشرعية التى منها إقامة الدعوى على رجال العيث و الفساد، لغاية تطهير الأرض من الضلال، فلو لم يكن لغيرهم حقّ إقامة الدعوى، لكن لهؤلاء بما أنّه انيط بهم إصلاح العباد و البلاد، حقّ إقامة الدعوى ثمّ الإتيان بالشهود، و إن لم يكن لغيرهم مثل هذا الحق. نعم إذا لم يكن شهود يخلّى المدّعى عليه سبيله بلا يمين.

و إن شئت قلت: إنّهم أُمناء الله فى أرضه و نوّابه بين الناس فهم مأذونون من صاحب الحقّ فى إقامة الدعوى قال الإمام: «اللّهمّ إنّك تعلم أنّه لم يكن الذى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۲ و غيره.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الحدود.

كان منّا منافسة فى سلطان، و لا التماس شيء من فضول الحطام، و لكن لنرى المعالم من دينك، و نظهر الإصلاح فى بلادك فيأمن المظلومون من عبادك، و تقام المعطّلة من حدودك». «۱»

۲- إذا كان العمل المحرّم جناية على المشتكى كما إذا زُنى بها بعنف أو عن طوع و كانت المرأة ذات بعل، فكون حدّ الزنا من حقوق الله لا يمنع الزوج عن إقامة الدعوى فى المحاكم و قد عرفت أنّ لولى الصغير إقامة الدعوى لصالحه عند التعدّى عليه، و لو كان الزوج و سائر الناس فى المورد سواء، فكيف جاز له قتل من زنى بزوجته و إن كان الزنا عن طوع من زوجته. «۲»

قال المحقّق: «و لا يتوجّه اليمين على المنكر» و يدلّ عليه غير واحد من الروايات الدالّة على ذلك ففى حديث إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «إنّ رجلًا استعدى علياً عليه السلام على رجل فقال: إنّه افترى علىّ فقال علىّ عليه السلام للرجل: أ فعلتَ ما فعلت؟ قال: لا، ثمّ قال للمستعدى: أ لك بيّنة؟ فقال: ما لى بيّنة فأحلِفه لى فقال على عليه السلام: ما عليه يمين». «۳»

هذا إذا كان الحقّ مختصّاً بالله سبحانه. و أمّا لو كان الحقّ مشتركاً بين الله و الآدمى كالقذف فالظاهر عدم الحلف لإطلاق روايات الباب. فلو ادّعى على رجل أنّه قذفه فأنكر، فلا تتوجّه عليه اليمين، فيكفى عدم الثبوت بالبيّنة ارتفاع أحكام القذف الثلاثة الواردة فى الآية المباركة قال سبحانه: (وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِينَ جَلْدَةً وَ لٰا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهٰادَةً أَبَداً وَ أُولٰئِكَ هُمُ الْفٰاسِقُونَ) (النور/ ۴).

---

(۱) نهج البلاغة، الخطبة ۱۲۷، و قد روى نظيره عن سيّد الشهداء الحسين بن على عليهما السَّلام. لاحظ تحف العقول: ۱۷۲ طبعة بيروت.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۲۳ من أبواب القصاص، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

و نقل المحقق عن الشيخ فى المبسوط أنّه قال: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف.

أقول: لم نعثر على كلام الشيخ فى المبسوط و لكن المحكى يحتمل وجهين:

۱- لیس المراد الحلفَ الابتدائی بل الحلف الذی یردّه القاذف، فلو ادّعی علی رجل أنّه قذفه، فلو حلف المدّعی علیه (القاذف)، یسقط الحدّ عن ذمّته، و لو ردّ علیه الیمین فحلف ثبت حدّ القذف علی المدّعی علیه.

۲- المراد الحلف الابتدائی للمقذوف به، و تصویره هو أنّه استعدی رجل علی آخر بأنّه قذفه فلما حضرا لدی الحاکم، فبدل أن یُنکر، ثارت ثورته و ادّعی علیه بالزنا واقعاً فانقلب المنکر مدّعیاً، و المدّعی للقذف منکراً لما أُتّهم به فإن حلف المنکر (المقذوف به) یثبت حدّ القذف به و إن ردّ الیمین علی المدّعی (القاذف) و حلف یسقط الحدّ عن نفسه، و لا یثبت الزنا علی المقذوف به، لأنّها لا تثبت إلّا بأربعة شهداء کما فی الآیة.

و ما ذکرنا مجرّد احتمال لکلامه و فی الوقت نفسه غیر صحیح.

أمّا الأوّل، أی الیمین المردودة، فلیست فی الحدود یمین، حتّی یتوجّه إلی القاذف ثمّ یردّها إلی المقذوف به.

و أمّا الثانی، فإنّ ظاهر الآیة أنّ القاذف یحکم بأحکام ثلاثة واردة فی الآیة و لیس ورائها حکم آخر، من الحلف المذکور و ردّه کما لا یخفی.

المسألة الثالثة: منکر السرقة یتوجّه علیه الیمین

السرقة مشتملة علی حقّ آدمی، و هو ردّ العین أو بدلها عند تلف العین المسروقة، و حقّ إلهی و هو القطع.

أمّا الثانی، فقد رتّب علی عنوان السارق و السارقة

قال سبحانه: (وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (المائدة/ ۳۸) و من المعلوم أنّ العنوانین لا یثبتان بالیمین، بل الثبوت رهن العلم أو ما أقام الشارع مقامه من الشاهدین.

و أمّا اشتغال ذمّته بردّ العین أو البدل فشأنه شأن سائر الأُمور فیثبت بالبیّنات و الایمان فلو أقام البیّنة، یحکم بها و إلّا یحلف المدّعی علیه و إن ردّ الحلف و حلف المدّعی یثبت الضمان، دون القطع و التفکیک بین المتلازمین إنّما یعدّ محالًا، إذا کان التلازم تکوینیاً کالنار بالنسبة إلی الحرارة و الضوء دون ما إذا کان اعتباریاً، فإنّ إثبات کلّ حکم رهن ثبوت موضوعه، فإذا لم یثبت موضوع القطع، أی عنوان السارق، کان المجال بالنسبة إلی الثانی نفیاً إن حلف المدّعی علیه، و إثباتاً إن ردّ الیمین إلی المدّعی و حلف.

و نظیر المقام إذا توضّأ بأحد الماءین المشتبهین، فالأعضاء تکون محکومة بالطهارة و الإنسان محکوماً بالحدث أخذاً بالاستصحاب فی کلّ منهما، مع العلم بأنّ أحد الاستصحابین باطل إذ لو کان الماء طاهراً فهو طاهر الأعضاء و إن کان نجساً، فالأعضاء أیضاً نجسة. فکیف یحکم باحدی الطهارتین دون الأُخری؟!

و منه یظهر ما لو أقام شاهداً مع الیمین، فلا یکفی فی ثبوت القطع لعدم ثبوت الموضوع بالیمین و لو جزءاً.

المسألة الرابعة: فی طلب الیمین مع إسقاط البیّنة

لو کانت للمدّعی بیّنة فاعرض عنها و التمس یمین المنکر أو قال: اسقطت البیّنة و قنعت بالیمین فهل له الرجوع أو لا؟

أقول: هل الاحتجاج بالبیّنة کالاحتجاج بسائر الأسباب التی یُحتجّ بها العباد علی الآخرین أو هو من الحقوق غیر القابلة للإسقاط کحقّ الولایة

و الحضانة أو من الحقوق القابلة للإسقاط. فعلی الأوّلین فالمجال للاحتجاج بالبیّنة باق ما لم یحلف المدّعی علیه، دون الثالث فلو أسقط فلا یرجع إلیها.

و الظاهر من الأدلّة كون الاحتجاج بها من باب الحكم الشرعى بدليل التعبير عنه بلفظة «على» قال رسول اللّه صلّى الله عليه و آله و سلّم: البيّنة على من ادّعى، و اليمين على من ادّعى عليه و مثله غيره «۱» فإذا كان الاحتجاج حكماً شرعيّاً فلو لم يقم البيّنة، فلا يحتج بها، لعدم الموضوع فإذا أقام و لو بعد الإعراض و الإسقاط، فالحكم يتبع وجود موضوعه و لو بعد حين على أنّك قد عرفت أنَّ من جازت له، إقامة الدعوى، تجوز له إقامة البيّنة و طلب الحلف مخيّراً بينهما.

المسألة الخامسة: في الموارد التى تقبل دعوى المدّعى بلا بيّنة

إنّ الضابطة فى القضاء الإسلامى هى البيّنة على المدّعى، و اليمين على المدّعى عليه «۲» و معناه أنّه لا تقبل الدعوى من المدّعى بلا بيّنة، لكن استثنيت موارد، تقبل فيها الدعوى من المدّعى بلا بيّنة من غير فرق بين وجود المعارض و عدمه، و وجود الدعوى فى البين و عدمه لا كلام فى القبول بلا بيّنة إنّما الكلام فى القبول بلا يمين أيضاً، ظاهر المحقّق و غيره هو عدم الحاجة إليه لكنّه غير تام كما سيوافيك و قد ذكر المحقّق موارد ثلاثة، و ذكر الشهيد فى المسالك موارد أُخر نأتى بها:

۱- لو ادّعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول لينفى عنه الزكاة قُبل قوله و قد روى عن الصادقين عليمها السَّلام: «كل ما لم يحل عليه الحول عند ربّه فلا شىء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، ۲، ۳، ۵، ۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۱۲

عليه فيه، فاذا حال عليه الحول وجب عليه» «۱».

۲- لو خرص عليه فادّعى النقصان فى الثمرة المخروصة لينقص عنه ما قُدِّر عليه من الزكاة.

۳- لو ادّعى الإسلام قبل الحول ليتخلّص من الجزية بناء على وجوبها عليه إذا أسلم بعد الحول «۲».

۴- لو ادّعى بنوّة الصغير و أنّ اللقيط ابنه و لا منازع.

۵- لو ادّعى كونه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية.

۶- لو ادّعى تقدّم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل.

۷- لو ادّعى فعل الصلاة و الصيام خوفاً من التعزير.

۸- لو ادّعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنيّة كالحجّ و الصلاة.

۹- دعوى الولى إخراج ما كلّف به من نفقة و غيرها.

۱۰ دعوى الوكيل بفعل ما وكّل فيه.

۱- ۱ دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير و المستأجر فى ملكية الكنز على قول مشهور:

۲- ۱ دعوى من أحرز الطعام، أنّه للقوت و إن زاد، لا للاحتكار.

۳- ۱ قول المدّعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به.

۴- ۱ لو ادّعى أنّه أعطى الزائد عن الحقّ اشتباهاً لا للتبرّع.

۵- ۱ دعوى المحلّلة الإصابةَ.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۸ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث ۱.

(۲) و قد ذكر المحقّق فرعاً آخر يرجع إليه بعد الفراغ عن الأمثلة المذكورة فى الشرائع و المسالك.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۱۳

۱۶ دعوى المرأة فيما يتعلّق بالحيض و الطهر فى العدّة و غيرها.

۷- ۱ دعوى الظئر أنّه الولد.

۸- ۱ لو ادّعى المتّهم بالسرقة بأنّ المالك وهبه ليسلم من القطع و إن ضمن المال، لاعترافه بأنّه مال الغير و لكن يدّعى انتقاله إليه بالهبة فيضمن ما لم يثبت الهبة، لكنّه يخلّص بهذا، نفسه عن قطع اليد.

۹- ۱ لو ادّعى الإكراه أو الجهالة مع إمكانهما فى حقّه فى سبب الحدّ.

۲۰ لو أنكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدّعيه بدون البيّنة.

۱- ۲ لو ادّعى ردّ الوديعة.

۲- ۲ لو ادّعى تقدّم العيب مع شهادة الحال «۱» إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثمّ إنّ قبول قول مدّعى هذه الأُمور إذا لم يكن هناك معارض و منازع ممّا لا إشكال فيه، إنّما الكلام فيما إذا كان هناك معارض و منازع فظاهر المحقّق و غيره أنّه يقبل قوله بلا يمين أيا.

أقول: إنّ القضاء البات فى هذه المسائل يتوقّف على دراسة كل مورد مستقلًا و لو اغمضنا عن ذلك، فنقول: إنّ هذه الموارد تختلف أحكامها فمنها ما لا تقبل الدعوى إلّا بالبيّنة، و لا تكفى نفس الدعوى و لا ضمّ اليمين إليها و منها ما لا تقبل إلّا باليمين و هو أكثرها و منها، ما تقبل، بلا بيّنة و لا يمين لخصوصية موجودة فى المورد كما إذا استظهر الحال. ثمّ إنّ البحث فيما إذا كان هناك منازع و إلّا فهو خارج عن كتاب القضاء كما إذا تبنّى صغيراً، لا ينازعه أحد.

أمّا القسم الأوّل كما إذ ادّعى، صاحب النصاب إبداله أثناء الحول فلا تقبل دعوى مدّعى التبديل بلا بيّنة، و ذلك، لأنّ أخذ الزكاة من وظائف النبىّ و الإمام بعده قال سبحانه: (خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِها وَ صَلِّ عَلَيْهِمْ

---

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۱۴

إِنَّ صَلاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ) (التوبة/ ۱۰۳) فإذا كان الحاكم مبسوط اليد، و له مقدرة على جمع الزكوات كان الحاكم وليّاً للفقراء، فى حيازة أموالهم، و إقامة الدعوى على من يبخس حقوقهم و عندئذ فلا معنى لقبول قول من يدّعى تبديل النصاب حتّى يدفع عن نفسه غرامة الزكاة و بالجملة الحاكم الإسلامى لا تقصر ولايته فى حقوق المسلمين و أموالهم، عن ولاية الفرد بالنسبة إلى أمواله فكما إذا ادّعى المديون، فراغ الذمّة لا يقبل منه بلا بيّنة فهكذا المقام.

نعم لو لم تكن هناك حكومة إسلامية، أو لم يكن الحاكم الإسلامى قادراً على جمع الحقوق و تفريقها بين المستحقّين، ففى مثل هذه الصورة، لا عامل و لا منازع و لا مطالب و إليه ترشد رواية جابر إنّ أبا جعفر عليه السلام جاءه رجل بماله من الزكاة مقدار خمسمائة درهم و قال فضعها فى مواضعها فإنّها زكاة مالى، فقال أبو جعفر عليه السلام: «بل خذها أنت فضعها فى جيرانك و الأيتام و المساكين و فى إخوانك من المسلمين، إنّما يكون هذا إذا قام قائمنا فإنّه يقسّم بالسوية و يعدل فى خلق الرحمن البرّ منهم و الفاجر» «۱».

فإن قلت: قد ورد فى غير واحد من الروايات أنّ الإمام أوصى لعامله بأنّه يأتى ربّ المال فيقول له: يا عباد الله أرسلَنى إليكم ولى الله لآخذ منكم حقّ الله فى أموالكم فهل لله فى أموالكم من حقّ فتودُّوه إلى وليّه فإن قال لك قائل لا، فلا تراجعه» «۲».

قلت: إنّ هذه الرواية و نظائرها كرواية غياث بن إبراهيم ناظرة إلى ما لم يكن تعلّق الزكاة معلوماً فعند ذلك، أمر الإمام المصدّق، قبول

قوله، و أنّی هو، من العلم بوجود النصاب، غیر أنّ صاحبه یدّعی التحول أثناء الحول لیدفع بزعمه عن نفسه الزکاة.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۳۶ من أبواب المستحقین للزکاة، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۱۴ من أبواب زکاة الانعام، الحدیث ۱، و لاحظ الحدیث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۱۵

و الحاصل أنّه مع وجود الدولة الإسلامیة، أو کون الحاکم فی قطر من الأقطار، ذا مقدرة علی جمع الحقوق و تقسیمها بین المستحقین، إذا بعث عاملًا أو نصب مصدقاً، أو خارصاً، ففی جمیع هذه الموارد یعامل الحاکم مع ما تحت یده فی الحقوق معاملة المالک الشخصی فکما أنّه لا ترفع الید عن حقّه إلّا بالبیّنة فهکذا ما هو النازل منزلته و بذلک تظهر الحال فی الفرع الأوّل و الثانی، و الثالث و الخامس، فاذا کانت الدعوی تحمل سلب حقّ أو مال عن المستحقّین له، فلیس للحاکم الإغماض و قبول الدعوی بلا بیّنة أو مع الیمین لاستلزامه احتمال الضرر علی الفقیر و لیس المقام من موارد جریان البراءة و قد قلنا أن کل مورد یسهل للإنسان، تحصیل العلم بالواقع بلا مشقّة فهو خارج عن منصرف أدلّتها. و هذه الموارد، مضافاً إلی أنّ الحاکم مأمور بحیازة حقوق المستحقّین ممّا یسهل له تحصیل العلم بالواقع فلا وجه للاغماض.

و أمّا القسم الثانی فهو ما لا یتضمّن سلب حقّ أو مال عن المستحقّین، و إنّما هو بصدد جرِّ نفع إلی نفسه کما فی إعطاء الزائد عن الحقّ فیدّعی أن الدفع کان عن سهو لا عن تبرّع، أو دعوی المرأة المحلّلة، الإصابةَ، أو دعوی الظئرِ الولد، ففی هذه الموارد، یطلب من المدّعی الیمین، و ذلک لأنّ القضاء بین المتخاصمین إمّا بالبیّنة أو بالیمین فاذا لم یمکن الأوّل، یتعیّن الثانی، فالقضاء بلا بیّنة و لا یمین أمر غیر معهود و خارج عن الحصر الوارد فی النبوی المعروف.

و أمّا القسم الثالث فهو ما إذا اقترن ثبوت الحدّ بالشبهة الدارئة، فتقبل الدعوی، لا بما أنّها تقبل بلا بیّنة بل لأجل أنّ درء الحدود بالشبهات من الأُصول المسلّمة فی الفقه.

و منه یعلم حکم الفرع السادس و التاسع عشر.

ثمّ إنّ المحقّق ذکر فرعاً رابعاً فی کلامه: و هو أنّه لو ادّعی الحربی أنّ الإنبات کان بعلاج لا بالطعن فی السنّ لیتخلّص بذلک من القتل الذی هو حدّ من حدود

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۱۶

الله فهل یقبل قوله أو لا؟ قال المحقّق: فیه تردّد و لعلّ الأقرب أنّه لا یقبل إلّا مع البیّنة.

أقول: فی المسألة أقوال: ثلاثة:

الأوّل: ما استقر به المحقّق من عدم السماع إلّا بالبینة أخذاً بإطلاق ما دلّ علی أنّ الإنبات علامة للبلوغ فیقتل شأن کل حربی سُبی فی أثناء الحرب.

الثانی: سماع قوله بلا یمین أخذاً بالقاعدة فی باب الحدود من درئها بالشبهات «۱» و هو الأحوط و عدم صحّة توجّه الیمین علیه لاستلزامه الدور، لأنّ صحّة الیمین موقوفة علی البلوغ فلو کان البلوغ موقوفاً علی الیمین لدار. أضف إلی ذلک، أنّ مقتضی صحّة الیمین هو عدم البلوغ، لأنّه یحلف علی أنّه لم یبلغ و أنّ إنبات الشعر کان بعلاج.

الثالث: سماع قوله مع الحلف عند القطع بالبلوغ لأنّ قطع الدعوی لا بدّ أن یکون بالبیّنة و الیمین، و سماع حلفه بما أنّه مستلزم للدور یقتضی إیقاف الحکم و تأخیره إلی القطع ببلوغه، حتی یحلف، و هذا هو الأقرب.

نعم قال الشهید فی الدروس أنّ الیمین موقوف علی إمکان بلوغه لا علی بلوغه «۲» و هو کلام مجمل و أوضحه السیّد الطباطبائی بقوله بأنّ بلوغه متوقف علی الیمین و لکن یمینه موقوف علی قاعدة قبول قول من ادّعی ما لا یعلم إلّا من قبله عنه مع احتمال صدقه.

لكن احتمال اختصاص الكبرى بمن ادّعى شيئاً لا يعلم إلّا من قبله و هو بالغ، يوجب عود الدور أيضاً، إلّا أن يقال، أنّ سبب السماع ليس هو البلوغ، بل كونه مما لا يعلم إلّا من قبله، و لا يتفاوت فيه البالغ و غيره، و أنّ ملاك القبول كونه لا يعلم إلّا من قبله.

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢۴، من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۴.

(٢) السيّد الطباطبائى: ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٨٢٠٧.

المسألة السادسة: فيما لا يمكن رد اليمين فيه

ذكر الشيخ مسائل ثلاث «١» و جعل عنوان الجميع قوله: «ثلاث لا يمكن ردّ اليمين فيها» ثمّ ذكر كل مسألة على تفصيل و إليك نصّه فى كل واحدة.

إحداها: أن يموت رجل و لا يخلّف وارثاً مناسباً، فالمسلمون ورثته، فوجد الحاكم فى روزنامته ديناً له على رجل أو شهد شاهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقط الحقّ و إن لم يحلف، لم يمكن ردّ اليمين لأنّ الحاكم لا يمكنه أن يحلف عن المسلمين و المسلمون لا يتأتى منهم الحلف لأنّهم لا يتعيّنون.

و قال بعضهم يحكم بالنكول و يلزمه الحقّ لأنّه موضع ضرورة، و قال آخرون و هو صحيح عندهم أنّه يحبس حتّى يحلف أو يقرّ، و الذى يقتضيه مذهبنا أنّه يسقط هذا لأنّ ميراثه للإمام، و عندنا أنّه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره و لا بما لا يعلمه، فلا يمكنه اليمين مع أنّ الإمام لا يحلف، فيحبس المدين حتّى يعترف فيؤدّى أو يحلف و ينصرف.

و حاصله: أنّ المدّعى عليه إن حلف فقد خلص، و إن نكل، فلا يصحّ ردّ اليمين فى المقام لأنّ المفروض أنّه لا وارث له، و وارثه إمّا الإمام أو المسلمون و الإمام لا يحلف لأنّه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره، و لا بما لا يعلمه، و أنّ شأن الإمام أرفع من أن يحاكَم و يحلف هذا كله حول الإمام و أمّا المسلمون الوارثون فهم غير متعينين، فبقى هنا احتمالان:

١- الحكم بالنكول و يلزمه الحقّ لأنّه موضع ضرورة.

٢- يحبس حتّى يحلف أو يقرّ هذا كلام الشيخ فى المبسوط فى الفرع الأوّل.

---

(١) الطوسى: المبسوط: ٨/ ٢١۴.

و إليك نصّه فى الفرع الثانى: قال الثانية: إذا مات رجل و أوصى إلى رجل فادّعى الوصىّ على الورثة أن أباهم أوصى بشىء للفقراء و المساكين، فأنكروا ذلك، فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى، و إن نكلوا لم يمكن ردّ اليمين، لأنّ الوصىّ لا يجوز أن يحلف عن غيره و الفقراء و المساكين لا يتعيّنون، و لا يتأتّى منهم الحلف، فما الذى يفعل؟ قال قوم يحكم بالنكول و يلزم الحقّ، لأنّه موضع ضرورة، و قال آخرون يحبس الورثة حتّى يحلفوا أو يعترفوا و هو الذى نقوله.

و حاصله نفس ما ذكرناه فى الفرع الأوّل، و هو أنّ المدّعى عليه إن حلف فقد خلص، و إن لم يحلف فلا يمكن ردّ اليمين إلى الوصى لأنّه لا يجوز أن يحلف عن غيره (الفقراء) و أمّا حلف الفقراء و المساكين فهم غير متعينين و لا يتأتّى منهم الحلف فبقى احتمالان:

١- القضاء بالنكول.

٢- أو الحبس حتّى يقرّ، أو يحلف.

۳- و أمّا الفرع الثالث فلم يذكره المحقّق و سيوافيك نصّ الشيخ بعد الفراغ عن الكلام فى الفرعين الأولين.

ثمّ إنّ المحقّق أورد على الشيخ و قال: إن السجن عقوبة لم يثبت موجبها و أوضحه الشهيد بقوله: لأنّ الحقّ لا يثبت بالشاهد الواحد فينزّل هذه الدعوى منزلة ما لا- بيّنة فيه فإن حلف، أو نكل و قضينا بالنكول و إلّا وقف الحقّ لعدم تيسّر القسم الأخير و هو حلف المدّعى.

و أجاب عنه صاحب الجواهر و قال: إنّ موجبها، اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر، اليمينَ أو الأداءَ بعد تعذّر الردّ «۱». و لعلّه يريد، أنّ المجوّز لسماع الدعوى، هو المجوّز لحبسه حتّى يحلف أو يقرّ و بعبارة أُخرى أنّ إطلاق أدلّة استحقاق المدّعى اليمين على المنكر يقتضى إلزامه عليه و بما أنّه مستنكف عنه

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۱۹

يحبس حتّى يؤدّى.

هذه هى الكلمات الواردة فى المقام. و لنا أن ندرس الاحتمالات الثلاثة:

۱- الردّ على الحاكم و الوصى

قد عرفت سابقاً أنّه إذا أمكن الردّ فلا وجه للقضاء بالنكول لكن المهمّ هو ثبوت عدم إمكان الردّ فالوجوه المذكورة فى كلمات الشيخ و صاحب الجواهر لا يتجاوز عن الأُمور التالية المذكورة فى كلام الشيخ، ۱ لا- يجوز أن يحلف عن غيره، ۲ و لا- بما لا يعلمه، ۳ أنّ الإمام لا يحلف و إليك دراسة الأدلّة الثلاثة:

أمّا الأوّل أعنى أنّه لا يجوز الحلف عن الغير فانّما يصحّ إذا لم تكن للحالف صلة بالموضوع، و لا أىّ مبرّر لإقامة الدعوى، كالجار بالنسبة إلى مال جاره و حقوقه، و أمّا إذا كان الغير على منزلة تصحّ له إقامة الدعوى و رفع الشكوى إلى المحكمة، فلما ذا لا يصحّ له الحلف على ما يدّعيه و بهذا يعلم أنّه يجوز للحاكم و الوصىّ، الحلف على ما يدّعيه، و ذلك لأنّ لهما الولاية على أموال المسلمين و حقوقهم ولاية عامة كالحاكم أو خاصّة كالوصىّ، فكما يصحّ لهما إقامة الدعوى، يصحّ لهما، الحلف إذا كانا عالمين للمحلوف به.

و أمّا الثانى، و هو لا يختصّ بالمقام بل يعمّ كلّ مورد لا يكون للحالف علم بالمحلوف به، أضف إلى ذلك أنّه لم لا يجوز أن يحلف بمقدار ما علم كحلفه بأنّه وجد فى روزنامته، أنّه مديون، أو شهد شاهد بأنّه كذا، على أنّ المفروض فى كلامه علم الوصىّ بكونه مديوناً، و ربّما يحصل للحاكم علم بالصدق برؤيته فى روزنامته.

و أمّا الثالث أعنى أن الإمام لا- يحلف، فقد أوضحه فى الجواهر و قال: نعم مع فرض علمهما (الحاكم و الوصىّ) تتوجّه اليمين من الوارث غير الإمام مع الشاهد، بخلاف الإمام عليه السلام المعصوم من الخطأ و الزلل و إن استعمل الموازين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۰

الشرعية و الأُصولية المرعيّة لكنّه مسدّد فى خصوصياتها التى استعملها، عن الخطأ بخلاف غيره. «۱»

المسألة السابعة: لو كان الدين مستغرقاً للتركة و للميّت دين على الغير:

اختلفت كلماتهم فى أنّه إذا مات إنسان و عليه دين مستغرق محيط بالتركة، فهل تنتقل التركة إلى الوارث، و تكون من المال المحجور على مالكه التصرّف و يكون الدين متعلّقاً بها تعلّق الرهانة أو تبقى على حكم مال الميّت و فى المسالك و المفاتيح نسبته إلى الأكثر، و فى وصايا السرائر: إذا كان على الميّت؟ دين يحيط بالتركة، فإنّها بلا خلاف بيننا لا تدخل فى ملك الغرماء و لا ملك الورثة، و الميّت قد انقطع ملكه و زال فينبغى أن تكون موقوفة على انقضاء الدين «۲».

و لکن المشـهور، هو القول الأوّل و یؤیّده ارتکاز العقلاء، خلافاً للمحقّق حیث اختار الوجه الثانی و تظهر الثمرة فی النماء، فعلی الأوّل فهو للورثـة، و لا یتعلّق به حقّ الـدیّان إذا کان الـدین أزیـد من أصل الترکة، بخلاف ما إذا قلنا بالثانی فیکون متعلّقاً للدین و باقیاً علی حکم مال المیّت.

ثمّ إنّ هنـا فروعـاً مسـتخرجة من کلاـم صـاحب الجواهر نبحث عنهـا علی رأی المحقّق من بقاء الترکـة علی حکم مال المیّت، لا علی القول المشهور و هی:

۱- لو کان الدین محیطاً بالترکة و ادّعی الوارث دیناً للمیّت علی ذمّة آخر علی وجه لو اسـتحصل یرجع إلی الدّیان، فیقع الکلام فیمن تجوز له إقامة الدعوی، فهل هو الوارث أو الدائن؟

لاـ کلام علی القول الأوّل أنّه الوارث، لانتقال الملک إلیه، لکن الکلام علی القول الثانی أعنی خیرة المحقق فقال المحقّق: هو الوارث لأنّه قائم مقامه.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۶۷.

(۲) الجواهر: ۲۶/ ۸۴.

یلاحـظ علیه: أنّه قـائم مقـامه فیمـا جعله الشـارع ولیـاً، کالتجهیز و غیره و أمّا المقام فهو و الـدائن متساویان لأنّ الـدین باق علی ملک المیّت کالأعیان الخارجیـة، و لو اسـتحصل لاسـتولی علیه الـدائن فلا وجه لتقـدیم واحـد علی الآخر و قد عرفت المیزان فیمن تصحّ له إقامة الدعوی.

۲- لو کان هناک شاهد علی الدین، قال فی الجواهر: «حلف الوارث دون الدائن نعم فی القواعد لو امتنع کان للدائن إحلاف المدیون لتعلّق حقّه بالترکة».

یلاحظ علیه: أنّه إذا کان الـدین ملکاً للمیّت أو فی حکم ملکه فالوارث و الـدائن بالنسـبة إلی الأخـذ متساویان و قد عرفت عدم ولایة الـوارث بالنسبة إلی مـا بقی فی حکم ملکه، و مـا یتبـادر إلی الـذهن من أنّ الوارث أولی من الـدائن فإنّمـا هو لأجـل أنّ المرتکز فی الأذهان هو انتقال الترکة إلی الوارث فیکون هو المتعیّن و لکن الکلام علی مبنی المحقّق، و بذلک یظهر النظر فی کلام القواعد حیث علّق إقدام الدائن علی امتناع الوارث بل هما فی درجة واحدة.

۳- و لو أقام الوارث الدعوی و حلف الغریم برأ من الوارث و الدائن.

۴- و لو أقام الـدائن الـدعوی و حلف الغریم برأ منهما، (خلافاً للجواهر حیث قال بأنّ براءة ذمّـة الغریم بالنسـبة إلی المحلّف) و ما هذا لأنّ هنا حقّاً واحـداً، یجوز لکلّ من الوارث و الـدائن اسـتحصاله، فاذا حلف واحـد منهما فقد ذهبت الیمین بالحقّ علی ما فی الروایات فلا یبقی للآخر، موضوع.

و بـذلک یعلم أنّه لو أقـام الـدائن الـدعوی و حلف الغریم له، ثمّ أقـام الوارث، و لکن لم یحلف الغریم له بـل ردّ الیمین إلی الوارث، فحلف، لیس للوارث أخذه فضلًا عن أخذ الدائن حقّه.

کـلّ مـا ذکرنـا، علی مبنی المحقّق و أمّا علی القول بالانتقـال، فـالمرجع فی إقامـة الـدعوی و الإحلاـف و حلف الیمین المردودة هو الوارث لا غیر نعم لو امتنع الوارث من إقامة الدعوی جاز للحاکم إقامة الدعوی لصالح الدائن لأنّه ولیّ الممتنع.

البحث الثالث القضاء بالشاهد و الیمین

اشارهٔ

اتفقت کلمهٔ الأصحاب علی صحّهٔ القضاء بالشاهد مع الیمین فی الجملهٔ و وافقهم فی ذلک لفیف من غیرهم قال الشیخ: یحکم بالشاهد و الیمین فی الأموال عندنا و عند الشافعی و مالک علی ما سنبیّنه، و یحکم عندنا بشهادهٔ امرأتین مع الیمین دلیلنا إجماع الفرقهٔ و أخبارهم. «۱»

و قال فی المبسوط: عندنا یجوز القضاء بالشاهد الواحد مع یمین المدّعی و به قال جماعهٔ و أباه آخرون، و قال بعضهم الترتیب لیس شرطاً بل هو بالخیار إن شاء حلف قبل شاهده و إن شاء بعده کالشاهدین من شاء شهد قبل صاحبه. و الصحیح أنّه علی الترتیب یشهد له شاهده ثمّ یحلف فإذا ثبت جواز ذلک فالکلام بعده فیما یقضی بها فیه و ما لا یقضی و جملته کلّ ما کان مالًا أو المقصود منه المال فالمال کالقرض و الغصب و الدین و قضاء الدین و أداء مال الکتابهٔ و أمّا المقصود منه المال فعقود المعاوضات کالبیع و الصرف و السلم و الصلح و الإجارهٔ و القراض و المساقاهٔ و الهبهٔ و الوصیهٔ و الجنایهٔ التی توجب المال کالخطإ و عمد الخطأ و عمد یوجب المال کما لو قتل ولده أو عبد غیره ... «۲».

و قال ابن قدامهٔ فی المغنی: و أکثر أهل العلم یرون ثبوت المال لمدّعیه بشاهد و یمین روی ذلک عن أبی بکر و عمر و عثمان و علیّ رضی الله عنهم، و هو قول الفقهاء السبعهٔ و عمر بن عبد العزیز و الحسن و شریح و أیاس و عبد الله بن عتبهٔ

(۱) الطوسی: الخلاف: الجزء ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۷.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۳

و أبی سلمهٔ بن عبد الرحمن و یحیی بن یعمر و ربیعهٔ و مالک و ابن أبی لیلی و أبی الزناد و الشافعی.

و قال الشعبی و النخعی و أصحاب الرأی و الأوزاعی: لا یقضی بشاهد و یمین و قال محمّد بن الحسن: من قضی بالشاهد و الیمین نقضتُ حکمه لأنّ الله تعالی قال: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ) «۱» فمن زاد فی ذلک فقد زاد فی النص، و الزیادهٔ فی النصّ نسخ و لأنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: «البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من أنکر» فحصر الیمین فی جانب المدّعی علیه کما حصر البیّنهٔ فی جانب المدّعی.

و لنا ما روی سهیل عن أبیه عن أبی هریرهٔ قال: قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بالیمین مع الشاهد الواحد. رواه سعید بن منصور فی سننه و الأئمهٔ من أهل السنن و المسانید، قال الترمذی: هذا حدیث حسن غریب و فی الباب عن علی و ابن عباس و جابر و مسروق، و قال النسائی: إسناد حدیث ابن عباس فی الیمین مع الشاهد إسناد جید، و لأنّ الیمین تشرع فی حقّ من ظهر صدقه و قوی جانبه و لذلک شرعت فی حقّ صاحب الید لقوّهٔ جنبته بها و فی حقّ المنکر لقوّهٔ جنبته فإنّ الأصل براءهٔ ذمّته و المدّعی هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع الیمین فی حقّه.

و لا حجّهٔ لهم فی الآیهٔ لأنّها دلّت علی مشروعیهٔ الشاهدین و الشاهد و المرأتین و لا نزاع فی هذا و قولهم إنّ الزیادهٔ فی النصّ نسخ غیر صحیح لأنّ النسخ الرفع و الإزالهٔ، و الزیادهٔ فی الشیء تقریر له لا رفع و الحکم بالشاهد و الیمین لا یمنع الحکم بالشاهدین و لا یرفعه و لأنّ الزیادهٔ لو کانت متصلهٔ بالمزید علیه لم ترفعه و لم تکن نسخاً و کذلک إذا انفصلت عنه.

و لأنّ الآیهٔ واردهٔ فی التحمّل دون الأداء و لهذا قال: (أَنْ تَضِلَّ إِحْداهُما

(۱) البقرهٔ: ۲۸۲. ذکره أیضاً، الحکم بن عتیبهٔ، و سلمهٔ بن کهیل لأبی جعفر و هو أجاب عن الاستدلال لاحظ الباب ۱۴ من أبواب

کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۴

فَتُذَکِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْری) و النزاع فی الأداء و حدیثهم ضعیف «۱» و لیس هو للحصر بدلیل أنّ الیمین تشرع فی حقّ المودع إذا ادّعی ردّ الودیعهٔ و تلفها و فی حقّ الأُمناء لظهور جنایتهم، و فی حقّ الملاعن و فی القسامهٔ و تشرع فی حقّ البائع و المشتری إذا اختلفا فی الثمن، و السلعهٔ قائمهٔ و قول «محمّد» فی نقض قضاء من قضی بالشاهد و الیمین یتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم و الخلفاء الذین قضوا به و قد قال الله تعالی: (فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لا یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً) «النساء/ ۶۵) و القضاء بما قضی به محمّد بن عبد الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أولی من قضاء محمّد بن الحسن المخالف له. «۲»

و قد تضافرت الروایات عن أئمهٔ أهل البیت علیهم السَّلام علی صحّهٔ القضاء بشاهد و یمین و حکوا قضاء رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم به و سیوافیک قسم منها. و المسألهٔ عندنا إجماعیهٔ لا خلاف فی أصلها.

نعم یقع الکلام فی أُمور:

۱- هل یشترط تقدّم الشهادهٔ علی الیمین أو لا؟

اشارهٔ

قد عرفت نصّ الشیخ علی الترتیب و قال المحقّق: و یشترط شهادهٔ الشاهد أوّلًا، و ثبوت عدالته ثمّ الیمین و لو بُدِئ بالیمین وقعت لاغیهٔ و افتقر إلی إعادتها بعد الإقامهٔ. «۳»

و الظاهر عدم دلیل صالح لإثبات شرطیهٔ التقدّم غیر وجوه ذوقیهٔ أشبه بالاستحسان أما النصوص فلسان أکثرها، شهادهٔ رجل واحد و یمین، بتقدیم الرجل علی الیمین «۴» و لفیف منها علی العکس: بالیمین مع الشاهد

---

(۱) الحدیث لیس بضعیف، نعم هو لیس بحاصر.

(۲) المغنی: ۱۲/ ۱۰.

(۳) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۹۲، و اختاره ابن ادریس أیضاً فی السرائر لاحظ: ۲/ ۱۴۰.

(۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیهٔ الحکم: الحدیث ۱۲۱، ۱۴، ۱۷، ۱۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۵

الواحد «۱» و قد جاء الشاهد فی لسان أبی حنیفهٔ متقدّماً علی الیمین تارهً و متأخّراً أُخری «۲».

و هذا یعرب، عن عدم تبادر الترتیب مضافاً إلی الإطلاقات المتضافرهٔ فلو کان الترتیب شرطاً، لکان علی القائل البیان، و إنکار کون المتکلّم فی هذه الروایات الکثیرهٔ فی مقام البیان، کما تری خصوصاً فی معتبرهٔ داود بن الحصین «۳».

أضف إلی ذلک، أنّ العنایهٔ بالیمین مع الشاهد الواحد، هو لأجل کسب الاطمئنان بصدق المدّعی فإنّ الإیمان بالله، ربّما یصدّ الإنسان عن الحلف بالکذب، و علی هذا لا فرق بین تقدّم الیمین أو تأخّره.

و مع ذلک فقد ذکروا وجوهاً لشرطیهٔ الترتیب نظیر:

أ المدَّعی وظیفته البیّنهٔ لا الیمین بالأصالهٔ فإذا أقام شاهداً صارت البیّنهٔ التی هی وظیفته ناقصهٔ و تتمّمها الیمین بالنصّ بخلاف ما لو

قدم فإنّه ابتدأ بما لیس وظیفته و لم یتقدّمه ما یکون متمّماً له. «۴»

یلاحظ علیه بوجهین:

۱- أنّه محجوج بالإطلاقات، الدالّة علی عدم الفرق.

۲- أنّ اساس الاستدلال، کون الیمین متمّماً له، و أمّا إذا کان فی عرض الشاهد، کما هو مقتضی بعض التعبیرات، فلا و قد عرفت أنّ العنایة بالیمین بکسب الاطمئنان بصدق مقالة المدّعی، و عندئذ لا فرق بین التقدّم و التأخّر.

ب إذا قدم الشاهد یقوی جانب المدّعی، و إنّما یحلف من یقوی جانبه

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم: الحدیث ۱۳، ۱۵، ۱۶، ۱۹، ۲۰.

(۲) المصدر نفسه الحدیث: ۱۳، ۱۷.

(۳) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۴) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۱۸.

کما أنّه (المدّعی) یحلف إذا نکل المدّعی علیه لأنّ النکول قوّی جانب المدَّعی.

یلاحظ علیه: أنّه مبنیّ علی کون الشاهد أصلًا و الیمین فرعاً حتّی یتقوی الشاهد بالیمین و أمّا إذا کان کلّ علی وزان واحد فلا و الحقّ أنّ هذه الوجوه التی لم نذکر بعضها لا تعدّ دلیلًا قاطعاً أمام الإطلاقات الماضیة الّتی لم یرد فیها لزوم الترتیب.

ثمّ إنّه تظهر الثمرة فی کون الیمین أصلًا أو تبعاً فیما لو رجع الشاهد عن شهادته فعلی القول بأصالة کل من الشاهد و الیمین یغرم الشاهد النصف، و لکن علی القول بأصالة الشهادة و أنّ الیمین شرط أو متمّم، فیغرم الکلّ، شأن کلّ شاهد یرجع عن شهادته، بعد صدور القضاء.

۲- تحدید حجّیتهما من حیث المورد:

اشارة

قد اختلفت کلماتهم فی تحدید المورد، إلی أقوال:

فمن قائل باختصاصهما بالدین، إلی قائل بشمولهما العین، إلی ثالث (کالطوسی فی المبسوط) بعمومیّتهما لما کان مالًا أو یقصد منه المال کالدین و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر و ما یقصد به المال کما فی المعاوضات کالبیع و الصرف و الصلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوصیة و الجنایة الموجبة للدیة کالخطإ المحض، و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده، و الحرّ العبد، و کسر العظام، و ضابطه ما کان مالًا أو المقصود منه المال فلا یشمل القصاص، إلی رابع، بشمولهما لحقوق الناس کلّها فی مقابل حقوق الله و لا بأس بنقل بعض الکلمات و قد مرّت بعضها:

قال ابن الجنید: و قد روی أنّ النبیّ قضی بشاهد واحد و یمین المدّعی و ألزم الحقّ المدّعی علیه و ذلک فی الأموال و ما جری مجراها دون الحدود. «۱»

---

(۱) المختلف: ۴/ ۱۸۲.

قال المفيد: و يجب الحكم بشهادة الواحد مع يمين المدّعى فى الأموال بذلك قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم. «۱»

قال الشيخ: إذا شهد لصاحب الدين شاهد واحد، قبلت شهادته، و حلف مع ذلك و قضى له به و ذلك فى الدين خاصّة، و لا يجوز قبول شهادة واحد و الحكم بها فى الهلال و الطلاق و الحدود و القصاص و غير ذلك من الأحكام. «۲»

و قال فى الاستبصار عند محاولة الجمع بين الروايات: فلا تنافى بين هذه الأخبار، و الأخبار الأولة لأنّ هذه الأخبار و إنّ كانت عامّة فى أنّ رسول الله قضى بذلك و لم يبيّن فيما فيه قضى فينبغى أن نحملها على الأخبار المتقدّمة المفصّلة بأن نقول إنّه قضى بذلك فى الدين على ما تضمّنته الروايات الأولة و الحكم بالمفصّل أولى منه بالمجمل. «۳»

و قد عرفت كلام الشيخ فى الخلاف و المبسوط حيث صرّح فيهما على حجّيتهما فى المال أو المقصود منه المال.

و قال الحلبى: و يقوم شهادة الواحد و يمين المدّعى فى الديون خاصّة مقام الشهادة الكاملة. «۴»

و قال سلّار: و شهادة واحد، و هو فى رؤية هلال شهر رمضان، و فى الديون مع يمين المدّعى. «۵»

و قد نسب القول بالاختصاص إلى ابن زهرة فى الغنية «۶» و الكيدرى فى

---

(۱) المفيد: المقنعة: ۷۲۷.

(۲) الطوسى: النهاية: ۳۳۴، و ذيل العبارة شاهد على أنّ مراده من الدين، هو المال حيث استثنى أمثال الهلال و الطلاق، لا البيع و الإجارة.

(۳) الطوسى: الاستبصار باب ما يتحوّر فيه شهادة الواحد مع يمين المدّعى: ۳/ ۳۳.

(۴) الحلبى: الكافى: ۴۳۸.

(۵) سلّار: المراسم: ۲۳۳ طبع بيروت.

(۶) ابن زهرة: الغنية المطبوع ضمن الينابيع: ۱۱/ ۱۹۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۲۸

الأصباح «۱» و قد عبرا عن المسألة بعبارة واحدة و هى:

«و إن احضر شاهداً واحداً، أو امرأتين قال له الحاكم تحلف مع ذلك على دعواك ...» و ليس فيها أيّ إشارة إلى المورد فضلًا عن التصريح بالدين.

و قال ابن ادريس: تقبل شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدّعى فى كلّ ما كان مالًا أو المقصود منه المال» «۲».

و قال العلامة: و أعلم أنّه لا منافاة بين كلام شيخنا فى النهاية و غيرها لأنّ مقصوده من الدين المال فإذا قبل فى المال قبل فيما كان المقصود منه المال و كان ذريعة إلى تحصيله. «۳»

و يتسرّب هذا الاحتمال إلى كلام الحلبى و الديلمى و يكون القول الثالث هو المتفق عليه. كما لا يخفى.

و على كلّ تقدير فالاختلاف فى المسألة مستند إلى الروايات و لا بدّ من دراستها. ثمّ نتخذ موقفاً حاسماً فى المسألة.

أقول: إنّ لسان الروايات على وجوه:

الأوّل: ما يدلّ أو يستظهر منه أنّ القضاء به يختصّ بمورد الدين

و إليك ما يدلّ عليه:

۱- روى محمّد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يجيز فى الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فى الهلال إلّا شاهدى عدل». «۴»

(۱) الکیدری: اصباح الشیعة: ۵۳۳.

(۲) ابن ادریس: ۲/ ۱۴۰ و نسب إلی الشیخ أنّه عدل عما فی النهایة، فی استبصاره بل عدل فی خلافه و مبسوطه.

(۳) العلامة: المختلف: ۴/ ۱۸۴.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

۲- روی حمّاد بن عثمان قال سمعت أبا عبد الله یقول: «کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهادة رجل و یمین المدّعی» «۱» و الحقّ أنّ الدین فیهما من قبیل المورد، و هو لا یخصص، نعم هناک ما یدلّ علی اختصاص الحکم بالدین.

۳- روی أبو بصیر قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحقّ و له شاهد واحد قال: فقال: «کان رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم یقضی بشاهد واحد و یمین صاحب الحقّ و ذلک فی الدین». ۲

۴- روی القاسم بن سلیمان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بشهادة رجل مع یمین الطالب فی الدین وحده». ۳

فإنّ قوله: «و ذلک فی الدین» أو قوله: «فی الدین وحده» یدل علی اختصاص الضابطة به و إلّا لکان یعبّر بما فی الأولیین.

۵- ما رواه داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث مفصّل یقول فقلت: فانی ذکر الله تعالی: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ) فقال: «ذلک فی الدین إذا لم یکن رجلان، فرجل و امرأتان، و رجل واحد و یمین المدّعی إذا لم تکن امرأتان قضی بذلک رسول الله و أمیر المؤمنین بعده عندکم». ۴

و بما ذکرنا یعلم ضعف ما ربّما یقال بأنّ المورد غیر مخصّص و أنّ القضاء بهما فی الدین أو جوازه لا یقتضی عدم القضاء و لا عدم جوازه بغیره ۵ فإنّ ما ذکره إنّما یناسب الأولیین، دون غیرهما فإنّ لسانهما، لسان التحدید و الحصر لو کان الدین بالمعنی المقابل للعین.

الثانی: ما یدلّ علی الجواز فی العین.

روی عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبی جعفر فی حدیث مفصّل أنّ علیاً وجد

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳، ۵، ۱۰.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۳) ۵ الجواهر: ۴۰/ ۲۷۴.

درع طلحة فی ید عبد الله بن قفل التمیمی فقال له علیّ: هذه درع طلحة اخذت غلولًا یوم البصرة فرضیاً بقضاء شریح فلمّا حضرا عنده قال شریح لعلی علیه السلام: هات علی ما تقول بیّنة فأتی الحسن فقال شریح: هذا شاهد واحد و لا أقضی بشهادة شاهد حتّی یکون معه آخر إلی أن قال فغضب علی علیه و قال ... ثمّ أتیتک بالحسن فشهد فقلت هذا واحد و لا أقضی بشهادة واحد حتّی یکون معه آخر، و قد قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بشهادة واحد و یمین. «۱»

و معنی ذلک أنّه کان علی شریح القضاء فی مورد الدرع الذی هو العین، بشاهد و یمین، و ما أفاده صاحب الجواهر من أنّ الإمام أنکر علی إطلاق قول شریح: «ما أقضی إلّا بشاهد آخر معه» لا علی عدم قضائه فی المورد بهما، ضرورة عدم کون خصوص المقام

مما یکتفی فیه بالشاهد و الیمین من الوالی. «۲» غیر تام لکونه علی خلاف ظاهر الروایة لأنّ ظاهرها هو تندید الإمام بعدم تطبیقه الضابطة علی المورد و ما فی ذیل الروایة من قوله: «ویلک أو ویحک أنّ إمام المسلمین یؤمن من أُمورهم علی ما هو أعظم من هذا» لا یدلّ علی أنّ ذمّ الإمام کان متوجّهاً علی إطلاق کلام شریح، لا علی عدم قضائه بهما فی المورد، و ذلک لأنّه لا منافاة أن یکون الذم لأجل أمرین ذکرهما الإمام تدریجاً و إن کان الخطب حسب الوجه الثانی أعظم، و لأجل ذلک قال فی الجواهر أنّ شریحاً کان مخطئاً أزید من وجوه ثلاثة (و هذا رابعها) و أنّ اقتصاره علیه السلام علی الثلاثة حسب فهم شریح.

و مع ذلک یمکن رفع الاختلاف بین اللسانین بأنّ المراد من الدین هو المال، فإنّ الدین و إن کان یطلق فی مقابل العین فی مصطلح الفقهاء لکن لا یبعد، أن یراد منه مطلق المال. قال ابن منظور فی اللسان: «کل شیء غیر حاضر دین» فیعمُّ العینَ الغائب، و قال الطریحی: «اقض عنّی الدین: حقوق الله و حقوق العباد»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۷۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۳۱

فاستعمل الدین فی الحقوق، قال سبحانه: (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذَا تَدَایَنْتُمْ بِدَیْنٍ إِلَی أَجَلٍ مُسَمًّی فَاکْتُبُوهُ وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا یَأْبَ کَاتِبٌ أَنْ یَکْتُبَ کَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ فَلْیَکْتُبْ وَ لْیُمْلِلِ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ وَ لْیَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَ لَا یَبْخَسْ مِنْهُ شَیْئاً إلی أن قال: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِیرُونَهَا بَیْنَکُمْ فَلَیْسَ عَلَیْکُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَکْتُبُوهَا) (البقرة/ ۲۸۲).

فقد فسّر الدین بالسلم و القرض. «۱» و قال الطبرسی: «و ظاهر الآیة یقع علی کلّ دین مؤجّل سلماً کان أو غیره و علیه المفسّرون و الفقهاء و قال ابن عباس باختصاص الآیة بالسلم». «۲» و غیر الحاضر فی السلم، هو العین و ربّما یکون موجوداً فی المخزن دون المجلس و بذلک یرتفع الخلاف، و قد تقدّم عن العلّامة أنّه فسّر الدین فی کلام الشیخ بالمال. و بذلک رفع الخلاف بین کلماته.

الثالث: ما جاء فیه لفظ «مع یمین صاحب الحقّ»

روی منصور بن حازم عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «کان رسول الله یقضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق» «۳». و هذا القسم من الروایات قابل للحمل علی صاحب المال حملًا للظاهر علی الأظهر، أو المطلق علی المقیّد و یؤیّده ما ورد فی باب ردّ المنکر الیمین علی المدّعی «۴» فقد ورد فیه صاحب الحقّ و ارید به، المال، الأعم من الدین و العین و قال سبحانه: (فَإِنْ کَانَ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ سَفِیهاً أَوْ ضَعِیفاً) (البقرة/ ۲۸۲) فالمراد منه صاحب المال.

الرابع: ما یحدّد الموضوع بحقوق الناس، أو فی مقابل الهلال

و علی هذا فالموضوع أوسع مما ذکر سابقاً و یؤیّده وجوه.

۱- روی محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا

---

(۱) تفسیر الجلالین: ۶۳.

(۲) الطبرسی: مجمع البیان: ۱/ ۳۹۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲ و لاحظ الحدیث ۸، ۱۴.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۳۲

شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فی حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق الله عزّ و جلّ أو رؤية الهلال فلا». «۱» فإنّ مقتضی هذا القسم بل القسم السابق إذا لم يفسر بصاحب المال، عموم ذلك لكل حقّ للناس حتّى القصاص و حقّ الشفعة و الخيار و نحوها لا خصوص المال، نعم تخرج الشهادة على الهلال الذی لا وجه للحلف عليه من حيث إنّه كذلك من أحد، و كذا غيره من الموضوعات العامّة التی لا حقّ بالخصوص فيها لأحد مثل حقوق الله تعالى التی هی أيضاً لا دعوى لأحد بالخصوص فيها. «۲»

۲- ما جاء فی رواية محمّد بن مسلم كان رسول الله يجيز فی الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فی الهلال إلّا شاهدی عدل «۳» فإنّ هذا الحديث يستثنی الهلال، و الحديث السابق استثنی حقوق الله، و كأنّهما يدلّان على أنّ الباقی يثبت بهما.

۳- ما مضی فی القسم الثالث من الروايات، حيث حدّد الموضوع بيمين صاحب الحقّ.

۴- مرسلة يونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعی، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعی عليه». «۴» فالمتبادر منه أنّ الشاهد و اليمين مثل ما تقدّم يثبت بهما، ما يثبت بما تقدّم.

۵- يستفاد من التأمّل فی النصوص أنّ اليمين الذی مع الشاهد، هو يمين

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۲.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۷۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم الحديث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۳۳

المنكر الذی إن شاء ردّها على المدّعی و حينئذ يكون الميزان ما يثبت بهما «۱».

و لكن المساعدة مع إطلاق الوجه الرابع مشكلة، إذ من القريب أن يكون المقصود من حقوق الناس هو الأُمور المالية فلا تشمل الحقوق المحضة كحقّ الحضانة و الوارد فی الرواية الأُولى لمحمّد بن مسلم و إن كان هو حقوق الناس لكن الوارد فی ثانيتها هو «صاحب الدين» و عند ذلك تنطبق الروايات على الضابط المشهور: ما كان مالًا أو المقصود منه المال. «۲»

نعم سيوافيك أنّ الضابطة أوسع ممّا ورد فی هذه العبارة و إن لم يكن على سعة الوجه الرابع فانتظر.

ثمّ إنّ كل من ردّ القضاء بالشاهد و اليمين، كالحكم بن عتيبة، و سلمة بن كهيل و أبی حنيفة و تلميذه محمّد بن الحسن، استدلّوا بأنّ الوارد فی الذكر الحكيم هو العدلان أو الرجلان أو رجل و امرأتان قال سبحانه: (فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهادَةَ لِلَّهِ) (الطلاق/ ۲) و قد استدلّ بها ابن عتيبة و ابن كهيل كما فی الرواية «۳» و قال سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْداهُما فَتُذَكِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْرى) (البقرة/ ۲۸۲) كما استدلّ بها محمّد بن الحسن الشيبانی أيضاً على ما نقله ابن قدامة فی المغنی «۴».

و الجواب عن الاستدلال بهما من وجهين:

الأوّل: إنّ مورد الآيتين، هو مقام التحمّل، لا الأداء، و يشهد لذلك مضافاً

---

(۱) استخرجنا هذه الوجوه من كلام صاحب الجواهر لاحظ: ۴۱/ ۲۷۴.

(۲) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۹۲.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

(۴) ابن قدامة، المغنى: ۱۲/ ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۳۴

إلى قوله: (وَ أَشْهِدُوا) و (اسْتَشْهِدُوا)، قوله سبحانه: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى).

الثانى: ما قاله الإمام فى جواب الرجلين عند الاستدلال بالآية الأُولى حيث قال قول الله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) هو لا تقبلوا شهادة واحد و يميناً؟ و كأنّه يريد أنّ التشريع الأوّل لا ينفى التشريع الثانى فمن الممكن أن يكون كلاهما نافذين، و به أيضاً أجاب ابن قدامة، استدلال الشيبانى كما نقلناه و يحتمل أن يكون كلامه عليه السلام ناظراً إلى ما ذكرناه فى الجواب الأوّل من أنّ الآية ناظرة إلى مقام التحمّل لا إلى مقام الأداء، و القضاء بشهادة رجل و يمين، راجع إلى المقام الثانى، فلا صلة للآية بمقام الأداء.

المقياس فى كون الدعوى مالية:

ثمّ بعد القول باختصاص الأدلّة بالأمور المالية فقط يقع الكلام فى تحديد الدعوى الماليّة التى يثبت بهما فهنا وجهان:

الأوّل: لو ادّعى مالًا على شخص بسبب من الأسباب، سواء كان السبب يقصد منه المال نوعاً أو لا، بل يكفى كونه مستتبعاً له فى ذلك المورد ففى تلك الموارد يحتجّ بالشاهد و اليمين. و على ذلك، يثبت بهما دعوى الدين و الغصب، و البيع و الإجارة، القراض و الهبة، حتّى النكاح و الخلع و الطلاق و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصيّة إليه و عيوب النساء بشرط أن يدّعى أمراً مالياً لأجل ادعاء هذه العناوين من غير فرق بين كون المدّعى نفس المال كالدين و الغصب، أو يقصد منه المال نوعاً، كالبيع و الإجارة و الهبة أو لا يقصد منه إلّا استتباعاً كالنكاح و الخلع و الطلاق، و ذلك أخذاً بإطلاق الأدلّة و هذا هو الأظهر عندنا.

الثانى: ما ذكره الشيخ الطوسى فى المبسوط و المحقّق فى الشرائع من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۳۵

تخصيصه بما إذا كان مالًا أو كان المقصود منه مالًا نوعاً، و أمّا إذا لم يكن المقصود منه المال و إنّما يستتبع المال فلا.

و على ضوء ذلك تقسّم العناوين إلى أربعة:

۱- يكون المدّعى نفس المال كالدين و القرض و الغصب أو ما يقصد به المال (نوعاً)، كما فى المعاوضات كالبيع و الصرف، و الصلح، و الإجارة، و القراض و الهبة و الوصية له و الجناية الموجبة للدية كالخطإ و عمل الخطأ و قتل الوالد لولده و كسر العظام، و الجائفة و المأمومة.

۲- ما يتردّد بين كونه داخلًا فى الضابطة أو خارجاً كالنكاح فبما أنّ المقصود منه التناسل و سكون النفس فهو خارج عن المقسم، و بما أن المدّعى إذا كان زوجة فهى بطرح الزوجية تدّعى المهر و النفقة.

۳- ما هو خارج عن الضابطة كالخلع و الطلاق، و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصيّة إليه و عيوب النساء.

۴- ما استشكل فى خروجه و دخوله كالوقف، لأجل الشكّ فى أنّ الوقف هل ينتقل إلى الموقوف عليهم، أم ينتقل إلى الله، أو التفصيل بين الانحصار فالأوّل و عدمه فالثانى، أو يبقى فى ملك الواقف.

و الظاهر عدم الدليل على الضابطة الواردة فى كلام المحقّق «ما كان مالًا أو كان المقصود منه مالا» بل الضابط كل ادّعاء مالى يستند إلى سبب من الأسباب، سواء كان السبب مما يقصد منه المال نوعاً، أولا يقصد منه إلّا استتباعاً و على ضوء ذلك فلو ادّعت الزوجة النكاح، لغاية طلب النفقة و المهر، يثبت بهما و إن كان النكاح ما لا يقصد منه المال نوعاً، و مثله إذا ادّعى الزوج الخلعَ لأجل تملّك المهر، أو ادّعت المرأةُ الرجعةَ لغاية النفقة و بذلك تقف على أنّ التقسيم الرباعى الوارد فى كلامه غير مفيد. بعد عموميّة القاعدة،

لکلّ ادّعاء مالی مستند إلی ادّعاء سبب، سواء کان السبب ممحضاً فی ثبوت المال أو لا.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۳۶

و لأجل عدم الدلیل علی الضابطة ذکر صاحب الجواهر أنّها فی غایة التشویش و السبب فیه هو أنّ الضابط المزبور لم نجده فی شیء من النصوص و إنّما الموجود فیها عنواناً للحکم «حقوق الناس» بعد عدم تقییدها بنصوص الدین.

بقی هنا أمران:

الأوّل: هل الشاهد و الیمین یثبت بهما المال فقط أو یثبت العناوین من البیع و الإجارة و غیرهما؟ الظاهر هو الأوّل، لظهور الأدلّة فی ثبوته خاصّة و علی ذلک لو ادّعی أنّه باع حیواناً بثمن کذا، و أقام شاهداً مع الیمین یثبت الثمن علی ذمّة المشتری و لا یثبت الخیار المختصّ بالحیوان و ممّن التفت إلی ذلک، الشهید فی الروضة قال: «ینبغی القطع بثبوت المال کما لو اشتملت الدعوی علی الأمرین فی غیره کالسرقة فانّهم قطعوا بثبوت المال». «۱» و هو متین و لو قلنا بسعة دلیل الشاهد مع الیمین و شموله لکل ادعاء مالی علی ما عرفت و عدم اختصاصه بالضابطة التی ذکرها المحقّق، فإنّه لا یثبت بهما العناوین، کالنکاح و الزوجة و النسب حتّی یترتّب علیها آثارها.

الثانی: قد عرفت أنّ المحقق استشکل فی الوقف و ذکرنا وجه تردّده لکن الحقّ هو التفصیل بین الوقف العام کالوقف علی الفقراء و الطلّاب و الزوّار، و الوقف الخاص کالوقف علی الأولاد، فالمالک فی الأوّل هو العناوین الکلّیة لا الأفراد الخارجیة منهم، و لذلک لا یصحّ لهم إقامة الدعوی علی العین الموقوفة، لأنّهم لیسوا بمالکین و لا متولّین، نعم یصحّ للحاکم إقامة الدعوی و إثباتها بشاهد و یمین و لیس عمل الحاکم من قبیل إثبات مال الغیر بحلفه، لما عرفت من ولایته علی أموال الفقراء و غیرهم.

و أمّا الوقف الخاص، فیصحّ حلفهم لکونهم مالکین للأصل و المنفعة، غایة الأمر لیس لهم بیع الموقوفة و تبدیلها، و من ثمّ صحّ لهم الحلف.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۷۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۳۷

إذا ادَّعت جماعة مع الشاهد الواحد

إذا ادّعت جماعة مالًا عند رجل انتقل إلیهم بسبب خاص کالإرث، یکفی الشاهد الواحد فی المقام لأنّ شهادته تنحلّ إلی شهادات حسب تعدّد الأفراد، و أمّا الحلف، فلا یکفی حلف واحد منهم، و إنّما یثبت حقّ الکلّ بحلف الجمیع، لأنّها تنحلّ إلی دعاوی متعدّدة.

و قد نقل صاحب الجواهر عن المقدّس البغدادی کفایةَ الحلف الواحد و یُحمل علی ما إذا کان المدّعی ولیّاً، أو حاکماً حیث إنّ له حقّ إقامة الدعوی للمولّی علیه واحداً کان أو کثیراً و إلّا فهو بظاهره غیر صحیح.

و لو افترضنا حلف البعض دون الآمر یثبت بمقدار سهم الحالف و هل المأخوذ له، أو لا؟ فهنا وجوه و احتمالات:

۱- یکون المأخوذ مشاعاً و مشترکاً بین الحالف و الناکل سواء کان المدّعی به عیناً، أو دیناً.

۲- التفصیل بین العین فیکون المأخوذ مشاعاً، دون الدین بل یختصّ بالحالف.

۳- یختصّ بالحالف و یُحْرم الناکل مطلقاً، سواء کان المدّعی به عیناً أو دیناً.

و لکلّ وجه:

أمّا الأوّل: فإنّه لا إشکال فی الاختصاص بالحالف إذا باع سهمه من المدّعی علیه أو وهبها من غیره أو أبرأ ذمّة الغریم منه، إنّما الکلام فیما إذا قبضَ حصّته من العین أو الدین فبما أنّه یعترف بالشرکة یکون المقبوض مشاعاً بینه و بین الناکل و بالجملة هو یعترف بأنّ ما

يأخذه جزء من المال أو الدين المشاع بينه و بين غيره و معه كيف يختصّ بالحالف؟!

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۳۸

و أما الثانى و هو التفصيل بين العين و الدين فوجهه أنّ العين مشتركة بينهما، و إفراز الغريم، لا يخرجها عن الإشاعة من دون رضا الشركاء فتبقى على إشاعتها، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّة الغريم مشغولة بكلّ واحد من الشركاء على نحو الاستقلال فإفراز سهم واحد منهم، يتوقّف على نيّة الدافع، و ذلك لأنّ المفروز ملك للدافع بالأصالة، و إنّما يخرج عن ملكه إذا أدّاه بنيّة الدين، فلو أخرجه عن ملكه بنيّة أنّه سهم الحالف يكون ملكاً له، و يتشخّص جزء من الدين الكلّى فى المقبوض.

و الحاصل فرق بين العين و الدين، فإنّ تقسيم الأولى، و تشخّص مال كلّ واحد فى المقبوض يتوقّف على رضا المشاركين و لا يكفى رضا الدافع، إذ لا دور له فى إفراز مال الغير المشخّص، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّته مشغولة بكلّ واحد منهم بمقدار سهمه، و ليس إفراغ ذمّته بالنسبة إلى واحد منهم، متوقّفاً على إفراغها من الفرد الآخر و تعيّن جزء من ماله، يتوقّف على تمليكه و المفروض أنّه ملّكه للحالف، دون الآخر و كون أصل الدين مشتركاً أو مشاعاً، لا يمتنع تعيّن ما دفعه للحالف.

و أمّا الثالث: فما ذكر فى الدين لا غبار عليه، لكن الكلام فى اختصاص المقدار المقبوض من العين للحالف و وجهه أنّ العين و إن كانت مشاعة و لا تخرج عن الإشاعة بنيّة الدافع، لكن لمّا كان فى وسع الناكل أن يحلف و يستنقذ سهمه و لكنّه امتنع بلا وجه يكون حكم الحاكم فى مورد تمّت الحجّة فيه للحالف، تقسيماً قهرياً للعين المشاعة لأنّ المفروض أنّه يحكم بأنّ المقبوض للحالف، دون الناكل، و معنى صحّة الحكم هو التقسيم القهرى.

أضف إلى ذلك أنّه لولاه يلزم الضرر على الحالف لعدم إمكان أخذ حقّه بدون إذن الشركاء.

و ما ذكرناه من تعيّن المأخوذ للحالف من الدين يطابق القاعدة و لا يخالفه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۳۹

ما ورد فى باب الشركة من أنّه إذا قبض أحد الشريكين ما جعل له، شاركه الآخر فيما قبضه أعنى ما روى عن أبى جعفر عليه السلام سئل أبو جعفر عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما. و منه غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما، و أحال كلّ واحد منهما من نصيبه الغائبَ فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله. «۱»

و ذلك لأنّ القدر المتيقّن من الرواية ما إذا أدّى الدافع بما أنّه مال للشركة و عندئذ لا يتشخّص للقابض و إلّا فلو أدّى بما أنّه سهمه دون سهم الآخر، لكان المقبوض له.

ثمّ إنّ نكول الشريك الآخر، من الحلف ليس مثل نكول المدّعى من الحلف حيث يكون حكم الحاكم فيه بمعنى براءة ذمّة المدّعى عليه من الدين و هذا بخلاف المقام، فإنّ الامتناع من الحلف بمعنى إيقاف المحاكمة و تأخيرها إلى وقت آخر حتّى يأتى بالشاهد الثانى و لأجل ذلك لو مات الناكل، قام وارثه مقامه فلو حلف مع سبق الشهادة يثبت حقّه. و لا يضرّ الفصل.

شرائط نفوذ اليمين فى القضاء بالشاهد و اليمين

ذكر المحقّق لنفوذ اليمين شرطين:

أحدهما: أن يحلف بما يعرفه يقيناً.

ثانيهما: لا يثبت باليمين مالًا لغيره.

أمّا الأوّل فقد تضافرت الروايات على أنّه لا يحلف الرجل إلّا على علمه «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، كتاب الشركة، الباب ۶، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۲۲ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۴۰

إنّما الكلام فى معنى العلم، فهل المراد منه العلم الوجدانى أى العلم حسب اصطلاح المنطقيين و هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع أو المراد الأعم منه و من الحجّة الشرعية كالبيّنة، و اليد و الاستصحاب، و إن استشكل صاحب الجواهر فى الأخير و قال: «لعدم العلم المعتبر فى الحلف الذى لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه فى الفرض بل لعلّ الثابت خلافه». «۱» و قد أفتى المحقّق بجواز الشهادة تعويلًا على الاستصحاب و على ذلك لا فرق بين الحلف و الشهادة خصوصاً إذا قلنا بأنّه من الأُصول التنزيلية، التى ينزل فيها المؤدّى منزلة الواقع. و الله العالم.

و أمّا الثانى فدليله انصراف أدلّة اليمين مطلقاً و خصوص قوله عليه السلام فى المقام: «مع يمين صاحب الحقّ أو مع يمين طالب الحقّ» «۲» إلى ذلك أى كون اليمين لصالح الحالف، لا لغيره.

و قد فهم المحقّق و غيره من هذه الروايات إثبات الملك لنفسه، و لكن أنّ الموضوع أوسع منه بل كلّ من تصحّ منه إقامة الدعوى، يصحّ منه الحلف سواء أثبت الملك لنفسه أو لغيره الذى له صلة به فى مورد الدعوى و على ضوء ذلك يصحّ الحلف من ولىّ الطفل و المجنون و متولّى الوقف و الحاكم بالنسبة إلى الأموال العامّة، كالزكوات و الأخماس و الإمام و أمّا التعبير عن الحالف بصاحب الحقّ و طالبه فهو وارد مورد الغالب أو المراد منه من له صلة له بحيث يعدّ صاحبَه و طالبَه و الشاهد على ذلك، إن الإمام أقام الدعوى على من استولى على درع طلحة، بما انّه ولى أُمور المسلمين و أموالهم، و لو كان شريح واقفاً بالضابطة و طلب من الإمام الحلف بعد إقامة الشاهد الواحد، لما امتنع الإمام منه، مع أنّه لم يكن يثبت الملك لنفسه و بما ذكر تنحل مشكلة المدير العامل فى الشركات الكبيرة، حيث يتمتع باختيارات منها إقامة الدعوى لصالحها فلو أقام شاهداً

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۸۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸ و ۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۴۱

و حلف، فلا يثبت المال لنفسه بل للشركة بما أنّه مديرها و متولّيها، كلّ ذلك يعرب عن أنّ المناط صحّة إقامة الدعوى و أن لا يكون الحالف بالنسبة إلى مورد الدعوى أجنبيّاً فاقداً للمسئولية و بذلك يظهر أنّ ما أفاده السيّد الطباطبائى فى ملحقات العروة غير تامّ. قال: إذا كان المدّعى قيم الصغير أو المجنون و أقام شاهد واحداً ليس له الحلف بل يتوقّف إلى أن يبلغ الصغير و يفيق المجنون و إن اقتضت المصلحة طى الدعوى بالمصالحة مع المدّعى عليه جاز. «۱» و من المعلوم أنّ الإيقاف ربّما ينتهى إلى ضرر المولّى عليه.

لو ادّعى غريم الميّت مالًا له على آخر

لو ادّعى غريم «۲» الميّت مالًا له على آخر مع شاهد.

أقول: إنّ للمسألة صوراً:

۱- أن يكون الدين غير مستوعب.

۲- أن يكون الدين مستوعباً و قلنا بانتقال التركة إلى الورثة غاية الأمر تكون التركة رهناً فى مقابل الدين.

۳- بقاء التركة فى ملك الميّت أو فى حكم ملكه.

فعلى الأوّل و الثانى يتوجّه اليمين إلى الوارث لأنّه صاحب الحقّ و طالبه و مالكه و لا تصل النوبة إلى الغريم (الدائن) و الحلف لأجل إثبات الملك للحالف و أمّا على الثالث فالوارث و الغريم بالنسبة إلى الدين متساويان كما مرّ و توهّم عدم نفوذ يمين الوارث لأنّ

المحلوف به إثبات المال للغير (الميّت) لا يضرّ لما

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۹۵.

(۲) المراد من الغريم هنا هو الدائن، و يستعمل أحياناً بمعنى المديون و قد نصّ الجوهرى فى الصحاح و الفيروزآبادى فى القاموس على أنّه من الأضداد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۲

عرفت من كفاية كون الحالف مأموراً بالأخذ و الدفع، فإنّ المتولّى لأُمور الميّت و تحصيل دينه و صرفه فى مواضعه هو الولد، فيجوز حلفه و لأجل ذلك يجوز له أداء الدين من الخارج و إن كان الدين مستوعباً و لأنّه إذا أبرأه الغريم يكون الدين له.

و مثله الغريم، فيصحّ له الحلف لأنّ الغاية من إثبات الملك للميّت هو تملّكه و لأجل ذلك يجب اقتران الحلف على مالكيّة الميّت للدين، بشىء يدلّ على أنّ له حقّاً فى ذمّة الميّت حتّى يكون الدين المحلوف به، له فى النهاية و بذلك يظهر إتقان ما ذكره السيّد الطباطبائى حيث صحّح يمين كلّ من الوارث و الغريم و قال بجواز حلف الوارث مطلقاً مستوعباً كان الدين أو لا و لو قلنا ببقاء ما يقابل الدين على ملك الميّت أو على حكم ملكه فى الدين غير المستوعب، فضلًا عن المستوعب الذى يكون الكلّ على ملكه ثمّ علّل جواز حلف الوارث بأنّ له تعلّقاً إلى أن قال إنّ ما ذكر من عدم جواز حلف الغريم إنّما هو إذا حلف على أنّ المال للميّت و أمّا إذا حلف على أنّ له حقّاً فى استيفاء دينه من هذا المال فلا نسلّم عدم جوازه، لأنّه حينئذ حلف على حقّ نفسه و إن لم يثبت به كونه مالًا للميّت. «۱»

كما ظهر الضعف فى كلام المحقّق حيث قال: و إن امتنع الوارث لم يحلف الغريم. و قد عرفت أنّهما فى مقابل الدين المستوعب سواسية.

نعم لو امتنع الوارث فى الدين غير المستوعب فهنا وجهان:

۱- يحلف الغريم.

۲- يقوم الحاكم مكان الوارث و يحلف، و ذكر فى الجواهر احتمالًا ثالثاً و هو أنّه للغريم إحلاف المدّعى عليه، لأنّ له تعلّقاً بذلك فإن أحلفه برأ من

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۹۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۳

الغريم، و لم يبرأ من الوارث. «۱»

إذا ادّعى الورثة ديناً لمورّثهم على أحد «۲»

إذا ادّعى الورثة ديناً لمورّثهم على أحد و أقاموا شاهداً واحداً و حلفوا ثبت حصصهم، و إن امتنع البعض عن الحلف، لم يشارك الباقين، لما عرفت من تعيّن الحصص فى مال مشخص، يتوقّف على نيّة الدافع، و المفروض أنّه دفع بما أنّه سهم الحالف، لا السهم المشترك بين الحالف و الناكل و قد تقدّم.

و لو كانت للميّت وصيّة فى مورد الدين يثبت بالحلف «۳» و ذلك لأنّها من غير فرق بين كونها عهدية أو تمليكية.

أمّا الأُولى كأن يوصى بشىء من تركته لزيد، و يلحق بها الإيصاء بالتسليط على حقّ و أمّا الثانية كأن يوصى بما يتعلّق بتجهيزه أو باستثمار الحجّ أو الصلاة أو نحوهما. نعم لا موضوع للقسم الثالث للوصيّة و هو الوصيّة الفكيّة كأن يوصى بفكّ ملك كالإيصاء

بالتحریر، لأنّ المفروض أنّ المشهود به، هو الدین لا العین حتّی یتحقّق فیها الإیصاء الفکیّ.
ثمّ إنّ الموصی له لو کان شخصاً معیّناً، أو أشخاصاً معیّنین، یحلفون و یأخذ کلّ حصّته و إن کانوا غیر محصورین کما إذا کان الموصی له هو نوع الفقراء، فمن المحتمل، حلف الحاکم إذا کان عالماً و اختار السیّد الطباطبائی أنّه لا بدّ من ثبوتها بشاهدین أو رجل و امرأة. لخروج المورد عن الضابطة و فیه تأمّل یعلم ممّا سبق.
و لو کان بین الورثة مولّی علیه لصغر و نحوه قال المحقّق: یوقف نصیبه فإن کمل و رشد حلف و استحق المال و إن امتنع لم یحکم له. و إن مات قبل ذلک

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۸۳.

(۲) قد تقدّم نظیر المسألة فی قوله: «إذا ادعت جماعة مع الشاهد الواحد».

(۳) أی حلف الموصی له.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۴

کان لوارثه الحلف و استیفاء نصیبه «۱».
یلاحظ علیه: مضافاً إلی انتهاء ذلک إلی ضیاع حقّ الصغیر أنّه یکفی فی الحلف کون الحالف مسئولًا فی مورد المال، کالوصی و الیتیم و الحاکم فیکفی حلفهم.

مسائل ثلاث:

اشارة

ذکر المحقّق فی المقام مسائل خمس و نحن نذکر منها ثلاثاً، لخروج الباقی عن مورد الابتلاء فی زماننا هذا.

المسألة الأُولی: فیما إذا ادّعی بعض الورثة وقفیة الدار للأولاد

إذا کان الوارث جماعة فادّعی بعضهم أنّ المورّث وقف علیهم بعضَ أعیان الترکة کالدار مثلًا و أقاموا شاهداً واحداً لیضمُّوا إلیه الیمین و قلنا بثبوت الوقف کما سیوافیک بشاهد و یمین فله صور سیأتی بیانها و لنذکر أُموراً تلقی الضوء علی المسألة:
۱- ربّما یتصوّر أنّ الحاجة للحلف لأجل وجود من ینکر الوقف من الورثة فی جمیع الصور و ذلک لأنّه لو کانوا متّفقین علی الوقف ثبت الوقف علیهم بلا- یمین لصحّة إقرارهم بما فی أیدیهم و إلیه أشار الشیخ فی المبسوط قال: و إنّما تفرض المسألة إذا کانت مع البنین (المدّعین) غیرهم لأنّه لو لم یکن غیرهم یثبت الدار وقفاً علیهم بلا یمین. «۲»
قلت: إنّ الحاجة إلی الیمین لأجل دفع تعلّق الدیون و الوصایا بها، و اتّفاقهم علی الوقفیة لا- یغنی عن الحلف. و علی ذلک یمکن تصویر الصور الآتیة

---

(۱) المحقّق الحلّی، الشرائع: ۴/ ۹۳.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۹۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۵

بلا منکر.

۲- إنّ الـداعى لادّعاء الوقفيـة ربّما يكون علمهم بكون الـدار وقفاً و خوفهم من الله إذا سـكتوا او أنكروا و ربّما يكون الداعى قطع يد الديّان أو الأوصياء عنها حتّى لا يتعلّق بها حقّهم، و يؤدّى الديون من سائر التركة لو كانت.

۳- إنّ الكلام فى المقام على القول بكفايـة الشاهد و اليمين فى إثبات الوقف قال الشـيخ: فمن قال ينتقل إلى الموقوف عليه قال يثبت بالشاهـد و اليمين، لأنّه نقـل ملـك من مالـك إلى مالـك، و من قال ينتقل إلى الله لا إلى مالك قال: لا يثبت إلّا بشاهـدين لأنّه إزالة ملك إلى الله كالعتق. «۱» و قد مرّ إثبات كفايتهما فى إثبات المال دون العنوان (الوقف) و لكن لمّا كان إثبات المال فى المقام متّحداً مع إثبات العنوان، لا بأس بثبوته بهما و إن لم نقل بالإثبات فى سائر العناوين.

۴- إنّ الوقف ينقسم إلى وقف الترتيب و وقف التشـريك، فلو قـالوا إنّه وقف علينـا، و بعـدنا على أولادنـا فهو وقف ترتيبى و لو قـالوا وقف علينا و على أولادنا بحيث يشارك أولادُ الأولاد مع الطبقة الأُولى فهو وقف تشريكى.

۵- قد قدّم المحقّق الكلام فى الأوّل (وقف الترتيب) و نحن نقتفيه و جعل للمسألة صوراً ثلاثاً:

الف: إذا ادّعى بعض الورثة، و لكن فى مقام الحلف حلف الجميع.

ب: إذا ادّعى بعض الورثة، و امتنع الجميع عن الحلف.

ج: إذا ادّعى بعض الورثة، فمنهم من حلف و منهم من لم يحلف.

و إليك الكلام فى جميع الصور:

الصورة الأُولى: قال المحقّق: فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم. «۲»

و يترتّب على ذلك خروج الدار عن تعلّق حقّ الديّان بها، و لا يقضى منها

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۹۵.

(۲) المحقّق الحلّى، الشرائع: ۴/ ۹۳.

الوصايا فإن كانت للميّت تركة غيرها، تتعلّق الديون و الوصيّة بها و يُقسم الباقى على أسهم الإرث.

ثمّ إذا انقرضوا فهـل تحتـاج الطبقـة الثانيـة إلى الحلف أو تثبت عليهم و على سـائر الطبقـات بحلف الطبقـة الأُولى؟ قال فى المسالك: وجهان مبنيان على أنّ البطن الثانى يتلقّون الوقف من البطن الأوّل أو من الواقف فإن قلنا بالأوّل و هو الأشهر فلا حاجة إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً، بشاهـد و يمين ثمّ مات فإنّ وارثه يأخـذه بغير يمين إلى أن قال: و إن قلنا بالثانى، لم يأخـذ إلّا باليمين كالبطن الأوّل. «۱»

يلاحظ عليه: بأنّ الظاهر أنّ كلّ طبقـة يتلقّى من الواقف و ما ذكره من أنّ الأشـهر الأخـذ من الطبقـة الأُولى لما تحقّقه و مع ذلك كلّه يكفى حلف الطبقـة الأُولى، و ذلك لأنّ المحلوف به هو الوقف الـذُرىّ و هو أمر واحـد مسـتمرّ و على ذلك جرى المحقّق حيث قال فى أوائل المسألـة الثالثة: «و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مسـتأنفة لأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده» و لعلّ مقصوده من الثبوت الأوّل هو ما ذكرناه من أنّ الوقف أمر مسـتمرّ، و ثبوته عين ثبوت الاسـتمرار و لأجل ذلك أضاف المحقّق و قال: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالـح» وجه عـدم الحاجـة هو أنّ ثبوت الوقفية يلازم الاستمرار فإذا كان المحلوف به هو كون البيت وقفاً لهم ثمّ على الفقراء بعد انقراض النسل، يثبت كونه وقفاً لهم فلا حاجة إلى اليمين.

الصورة الثانيـة: و هى مـا إذا نكـل الجميع عن اليمين قـال المحقق: و إن امتنعوا حكم بهـا ميراثـاً يقضـى منه الـديون و الوصايـا و كان نصـيب المـدّعين (الجميع) وقفاً نعم لو كان بين الورثـة منكر، فلا يكون تحت يـده وقفاً و لو ماتوا تكون حصّـة كلّ واحـد وقفاً أخـذاً بإقرار آبائهم بأنّ البيت وقف و عدم حلفهم لا

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۷

یضرّ بإقرارهم فلا- یحتاج إلی الیمین لأنّ الواصل إلی کلّ مدع للوقفیة أمر لا منازع فیه فیکفی الإقرار من کلّ بطن بأنّ ما فی یده وقف، و یکون حجّة للبطن الآخر.

و من هنا یعلم عدم الحاجة إلی عنوان فرع آخر و هو ما فی المسالک قال: و هل للأولاد أن یحلفوا علی أنّ جمیع الدار وقف؟ وجهان من کون الأولاد تبعاً لآبائهم فإذا لم یحلفوا لم یحلفوا، و من أنّهم یتلقّون الوقف من الواقف فلا تبعیة «۱»، لما عرفت من أنّ الإقرار بلا منازع یکون حجّة علی الإنسان و من خلفه إلّا أن یکون الحلف لأجل قطع ید الدیّان و غیره.

الصورة الثالثة: و هی ما إذا اختلفوا فی الیمین (لا- فی ادّعاء الوقفیة) فمنهم من حلف و منهم من لم یحلف قال المحقّق: ثبت نصیب الحالف وقفاً، و کان الباقی طلقاً یقضی منه الدیون و یخرج الوصایا، و ما فضل یکون میراثاً. و ما یحصل من الفاضل للمدّعین، یکون وقفاً.

و کلامه هذا یشیر إلی أُمور:

۱- نفترض أنّ الورّاث ثلاثة بین حالف و ناکلین، فمیراث الحالف یکون وقفاً، لأنّه أقام شاهداً و حلف و لا یتعلّق به الدین و الوصایا.

۲- الباقی کالثلثین إذا کان الناکلان ذکرین یکون میراثاً لهما حسب الظاهر یخرج منه الدیون و الوصایا و ادّعاء الناکلین الوقفیة لا یؤثر فی منع إخراج الدیون و الوصایا، ما لم یحلفوا فلأجل ذلک، تقدّم الدیون و الوصایا علی التقسیم، و أمّا باقی الترکة ففیها احتمالات:

أ: یقسّم بین الناکلین حسبَ سهامهم فلو کانوا إخوة، یقتسمان ثنائیاً و لیس للناکلین التصرّف فیما بأیدیهم حسبَ إقرارهم و إلی ذلک یشیر المحقّق بقوله: و ما یحصل من الفاضل للمدّعین یکون وقفاً ..

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۸

ب: یُقسَّم بین الجمیع حتّی الحالف، قال فی الجواهر: کما هو ظاهر بعض بل عن بعضهم التصریح به لا-عتراف غیرهم من الورثة باشتراکه بینهم أجمع فیؤخذون بإقرارهم و یقسّم علی الحالف و غیره.

یلاحظ علیه: کما فی الجواهر أنّهم إنّما یعترفون بالاشتراک فی الجمیع و أنّ ما أخذه الحالف بالوقفیة إنّما استحقه بالإرث، و الحالف أیضاً معترف لهم بذلک، فلا وجه لاشتراکه فی الباقی. و الحاصل أنّ اعترافهم بالشرکة مقیّد، بکون ما أخذه الحالف جزء من الشرکة، فإذا استولی علیه أحد الورّاث و لو باسم الوقف، فقد أخذ حقّه فی نظر الباقین فلیس لهم اعتراف فی هذه الحالة.

ج: یقسم بین الناکلین، لکن لو زاد نصیبهما إرثاً علی نصیبهما وقفاً یکون الزائد مجهول المالک، کما إذا کان الحالف ذکراً، و الناکلان انثی فلو کانت الدار وقفاً تقسّم بین الثلاثة بالسویة و یکون لکلّ واحد ثلثها و لو کانت الدار میراثاً، تقسم أرباعاً، فللحالف ربعان، و لکلّ واحد من الناکلین ربع فیزید سهم کلّ من البنتین علی الوقف عمّا تستحقان علی الإرث، فلو افترضنا الدار اثنی عشر سهماً، یکون سهم کلّ بنت علی الوقفیة أربعة سهام و علی المیراث ثلاثة، فکلّ سهم من سهام البنتین یکون مجهول المالک لأنّ کلّا من الحالف و الناکلین یردّه أمّا الحالف لأنّه یدّعی الوقفیة و قد أخذ سهمه و علیها تقسَّم الدار بالسویة و أمّا الناکلان فیدّعیان المیراث، فمیراث کلّ بنت بمقدار الربع و هو أقلّ من الثلث.

۳- إذا مات أحد الناکلین انتقل ما أقرّ بوقفیته، إلی الحالف دون ورثتهما، لأنّه مقتضی إقرارهما بالوقف الترتیبی.

۴- إذا مات الحالف انتقل ما أثبته من ثلث الدار إلى الناكلين.

***

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۴۹

المسألة الثانية: فی ادّعاء وقف التشريک

إذا ادّعى بعض وقف التشريک و أنّ المورِّث وقف البيتَ على أولاده و أولاد أولاده بحيث لو كان له أولاد ثلاثة، و تولّد لبعضهم ولد يكون شريكاً مع الأعمام و الأب فی المنافع فعندئذ يقع الكلام فی أنّ البطن الثانی يفتقر إلى اليمين أو لا. اختار المحقّق فی المقام لزوم الحلف على خلاف ما اختاره فی الوقف الترتيبی قائلًا: بأنّ البطن الثانی بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى، ضرورة تلقّی الجميع من الواقف و لا يثبت حقّ أحد منهم بيمين غيره. و قد مرّ أنّه قدَّس سرَّه اختار فی الوقف الترتيبی عدم حاجة البطن الثانی إلى اليمين قائلًا بأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده، بمعنى الاكتفاء بثبوته فی حقّ الأوّلين عن إثباته فی حقّ البطن الثانی. و على هذا يبقى بيان الفرق بين القسمين بعد اشتراكهما فی أخذ الوقف عن الواقف و إليك بيانه:

إنّ البطن الثانی فی الوقف الترتيبی فی طول البطن الأوّل، فإذا ثبت كون البيت وقفاً كلّه و لو للبطن الأوّل يكفی للبطن الثانی أيضاً، و هذا بخلاف التشريكی فإنّ البطن الثانی، عدل للبطن الأوّل فحلفهم لا يكفی لمن هو عدل لهم و فی عرضهم.

و لكن الفرق غير واضح، و ذلك: لأنّ البطن الثانی و إن كان فی عرض البطن الأوّل، لكن بعد وجوده و تولّده و أمّا قبله فقد ثبت كون البيت كلّه وقفاً، فهذا الثبوت أغنى عن تجديده. و الحاصل أنّ البطن الثانی فی كلا القسمين يتلقّون الوقف من الواقف غير أنّهم فی الترتيبی لا- ينتفعون بالوقف ما دام الأوّل موجوداً، بخلاف التشريكی، و أمّا وقفية البيت كلّه فتثبت قبل البطن الثانی وجوداً أو انتفاعاً فإن كان يكفی الثبوت الأوّل، فلازمه الكفاية مطلقاً و إلّا فلا و التفريق غير واضح.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۵۰

و قد عرفت منّا أنّ ماهية الوقف أمر مستمرّ غير منقطع فثبوته نفس ثبوت الاستمرار، فلا حاجة إلى تجديده و على ضوء ذلك إذا صار لأحد الإخوة ولد، يشاركهم منذ تولّده بلا حاجة إلى اليمين و بهذا يُستغنى عن الفرع الذی ذكره المحقّق فی ضمن المسألة الثالثة إذ هو مبنی على لزوم حلف البطن الثانی فی التشريكی بعد البلوغ و قد عرفت عدم لزومه و إليك كلامه قدّس سرَّه: لو ادّعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد ثمّ صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً (بعد ما كان أثلاثاً) و لا تثبت حصّة هذا الولد ما لم يحلف لأنّه يتلقّى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى و يوقف له الربع. «۱»

ثمّ يقع الكلام فی أنّه إذا عزل فهل يدفع إلى وليّه أو إلى أمين حتّى يبلغ؟

و هناك احتمال آخر و هو أنّه إذا قلنا بلزوم حلفه، فلما ذا لا يحلف عنه وليّه كما فی سائر المقامات و ليس هذا حلفاً لإثبات الملك لشخص أجنبی، و إنّما هو حلف لما هو تحت ولايته و قيمومته، و من المعلوم أنّ الصبر و الانتظار يؤدّی إلى ضياع الحقّ.

و قد عرفت أنّا فی غنى عن هذا الفرع، و الفرع الذی ذكره بعد. قال: «فإن كمل (بالبلوغ و الرشد) و حلف، أخذ الربع و غلّته المتجدّدة بعد ولادته. و إن امتنع فقد ذكروا لمصرفه وجوه:

۱- قال الشيخ: يرجع ربعه على الإخوة لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و الولد بامتناعه جرى مجرى المعدوم، و أورد عليه باعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع فكيف يجوز لهم أخذه؟!

۲- صرفه إلى الناكل لاعتراف الإخوة باستحقاقه.

---

(۱) نجم الدين الحلّی: الشرائع: ۴/ ۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۵۱

۳- أنّه وقف تعذّر مصرفه.

إلی غیر ذلک من الوجوه المحتملة.

و لکنّا فی غنی عن هذه الآراء و عن عقد الفرع، کما فی غنی عن الفرع التالی أیضاً، و هو:

لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حین وفاة المیّت لأنّ الوقف صار أثلاثاً و قد کان له الربع إلی حین الوفاة فیضاف إلیه نصف سدس ۱/ ۱۲ فإن بلغ و حلف أخذ الجمیع و إن ردّ ففیه وجوه.

لأنّ کلّ ما ذکر مبنی علی لزوم الیمین علیه و قد عرفت عدم الحاجة و الله العالم.

المسألة الثالثة: فی ثبوت الدیة و عدمها

تثبت بالشاهد الواحد مع الیمین الدیة فیما إذا ادّعی علیه القتل خطأ أو عمد الخطأ، لما عرفت من عموم حجّیتهما فی إثبات المال، و أمّا إذا ادّعی علیه القتل الموجب للقصاص کما إذا کان عمداً فلا یثبت بهما. و أقصی ما یفیده الشاهد الواحد کونه موجباً لاحتمال صدق المدّعی للقتل، و یصیر الموضوع صالحاً للقسامة کما حرّر فی محلّه نعم لو قلنا باعتبارهما فی مطلق حقّ الناس، لثبت بهما و قد عرفت عدم صحّته و اختصاصهما بالأموال و عدم إثبات العنوان.

[خاتمة تشتمل علی فصلین]

[الفصل الأول] فی کتاب قاض إلی قاض

و قبل الخوض فی المقصود نقدم أُموراً:

اشارة

۱- إن الداعی لإبلاغ الحکم إلی قاض آخر أحد الأُمور التالیة:

أ: إعلامه بإنهاء الخصومة و قطع المنازعة، حتّی لا یتصدّی القاضی الثانی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۵۲

بفصلها، لأنّها فصلت فصلًا شرعیّاً.

ب: استیفاء الحقوق بإجرائه حکم القاضی الأوّل، إذ ربّما لا یستطیع الأوّل، الإجراء، لتباعد الغرماء عن أصحاب الحقوق.

ج: ربّما یکون حکم الحاکم الأوّل قضاء علی الغائب، و الغائب علی حجّته، فله أن یرفع الشکوی إلی القاضی الآخر، فیبلغه حکمه حتّی یکون علی اطلاع من صدور حکم علیه فیأخذ حذره.

۲- إنّ الهدف من إنهاء الحکم إلی قاض آخر لیس طلب القضاء و إصدار الحکم علی وفق حکمه، و ذلک لأنّ صدور الحکم رهن قیام البیّنة و الأیمان عند القاضی الثانی، و لم تقم عنده فیکون الحکم علی وفق حکمه من قبیل الحکم بما لا یعلم، بل المقصود، هو أحد الأُمور السابقة قال سیّدنا الأُستاذ: الظاهر أنّ إنفاذ حکم الحاکم أجنبیّ عن حکم الحاکم الثانی فی الواقعة، لأنّ قطع الخصومة، حصل بحکم الأوّل، و إنّما أنفذه و أمضاه الحاکم الآخر لیجریه الولاة و الأُمراء، و لا أثر له بحسب الواقعة فإنّ إنفاذه و عدم إنفاذه بعد تمامیة موازین القضاء فی الأوّل سواء و لیس له الحکم فی الواقعة لعدم علمه، و عدم تحقق موازین القضاء عنده. «۱»

۳- لا ینفذ الحکم و لا تفصل الخصومة إلّا بالإنشاء لفظاً و لا عبرة بالإنشاء کتباً و سیوافیک البحث فیه.

۴- قد ذکر المحقّق أنّ إنهاء الحکم إمّا بالکتابهٔ أو القول أو الشهادهٔ، و اللازم هو البحث عن کلّ واحد علی سبیل الاستقلال، و بما أنّ الإنهاء عن طریق الکتابهٔ بما هی هی، لم یقل به أحد من الفقهاء، ذهب جماعهٔ إلی کفایتها إذا ضمّ إلیها البیّنهٔ أو الشهادهٔ و لأجل ذلک ربّما یحصل التداخل فی نقل الأقوال بین الأوّل

(۱) تحریر الوسیلهٔ ۲، کتاب القضاء، خاتمهٔ فیها فصلان: الفصل الأول، المسألهٔ ۳.

و الثالث خصوصاً فی کلمات الشیخ فی الکتابین و مع ذلک نسعی أن نأخذ کلّ واحد بالبحث علی وجه الاستقلال.

أقوال الفقهاء فی إنهاء الحکم بأقسامه الثلاثهٔ:

قال الشیخ: لا یجوز الحکم بکتاب قاض إلی قاض و خالف جمیع الفقهاء فی ذلک و أجازوه إذا ثبت أنّه کتابه. و قال أیضاً: لا یحکم بکتاب قاض إلی قاض سواء کان علی صحّته بیّنهٔ أو کان مختوماً فإنّه لا یجوز العمل به ثمّ نقل عن سائر الفقهاء قولین:

۱- قال أهل العراق و الشافعی: یعمل به إذا قامت البیّنهٔ علی ثبوته و لا یعمل به إذا لم تقم و إن کان مختوماً.

۲- و قال قضاهٔ البصرهٔ: إنّه إذا وصل مختوماً حکم و أمضاه و هو إحدی الروایتین عن مالک.

ثمّ القائلون بکفایهٔ الکتابهٔ المقرونهٔ بالبیّنهٔ اختلفوا فی تحمّل الشهادهٔ. «۱»

فقال أبو حنیفهٔ و الشافعی: لا یصحّ إلّا بعد أن یقرأ الحاکمُ الکتابَ علی الشهود، و یُشهدهم علی نفسه بما فیه و لا یصحّ أن یدرجه ثمّ یقول لهما اشهدا علیّ بما فیه و لا یصحّ هذا التحمّل و لا یُعمل به.

و قال أبو یوسف: إذا ختمه بختمه و عنونه جاز أن یتحمّلا الشهادهٔ علیه مدرّجاً یُشهدهما أنّه کتابه إلی فلان فإذا وصل الکتاب إلیه شهدا عنده بأنّه کتاب فلان فیقرؤه و یَعمل بما فیه. «۲»

فتلخّص من کلامه أنّ سائر الفقهاء کفقهاء الشیعهٔ لا ینفذون کتاب قاض

(۱) من هنا یحصل الخلط بین الطریق الأوّل: الکتابهٔ و الطریق الثالث: الشهادهٔ فتذکّر.

(۲) الطوسی، الخلاف: الجزء ۳، کتاب القضاء، المسألهٔ ۲۲۲۰.

إلی قاض بمجرّد الکتابهٔ لکن قضاهٔ البصرهٔ یکتفون فی الثبوت بأحد الأمرین: البیّنهٔ أو کونه مختوماً و لکن أهل العراق یقتصرون بالبیّنهٔ وحدها.

لو أرادوا من البیّنهٔ، الشهادهٔ علی حکم القاضی لا الشهادهٔ علی أنّه خطّه فقد اختلفوا فی کیفیهٔ تحمّل الشهادهٔ، فمنهم کأبی حنیفهٔ و الشافعی اشترطا تحمّل الشهادهٔ تفصیلًا بقراءهٔ القاضی أو کاتِبه الکتاب لهما، لکن أبا یوسف قال بکفایهٔ التحمّل و لو إجمالًا.

و لکن الشیخ لا ینفذ و لا یجیز کتاب قاض إلی قاض علی أیّ وجه و لکنّه قدّس سرَّه، أظهر المرونهٔ فی کتاب المبسوط بالثبوت فیما تحمّلا الشهادهٔ تفصیلًا لا إجمالًا و إلیک نصّه:

فإذا ثبت فکتب قاض إلی قاض کتاباً لم یجز أن یحکم بما فیه و لا یمضیه حتّی یثبت عنده بالبیّنات أنّه کتاب فلان إلیه سواء وصل مختوماً أو غیر مختوم، و قال قوم إذا وصل مختوماً حکم به و أمضاه. فإذا ثبت أنّه لا یقبل و لا یعمل علیه إلّا بالشهادهٔ فالکلام فی فصلین: فی کیفیهٔ التحمّل و کیفیهٔ الأداء.

أمّا التحمّل فإذا کتب القاضی کتابه استدعی بالشهود و قرأه هو علیهم أو دفعه إلی ثقهٔ یقرأه علیهم فإذا قرأه علیهما أو قرأه الآخر فعلیه

أن یقول لهما: هذا کتابی إلی فلان و قد أشـهدتکما ما فیه إلی أن قال فإذا وصل الکتاب معهما إلیه قرأه الحاکم أو غیره علی الحاکم و علیهما فإذا سـمعاه قالا هـذا کتاب فلان إلیک و لا بـدّ أن یقولا: قـد أشـهدنا علی نفسه بما فیه، و سواء وصل الکتاب مختوماً أو غیر مختوم معنوناً أو غیر معنون، الباب واحد فإنّ الاعتماد علی شـهادتهما لا علی الخط و الختم. إلی أن قال: فأمّا إن کتب الکتاب فأدرجه و ختمه ثمّ استدعی بهما فقال هذا کتابی قد أشهدتکما علی نفسی بما فیه لم یجز و لا یصحّ هذا التحمل. «۱»

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۲۴۱۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۵۵

هذه کلمات الشیخ، و أمّا کلمات سائر الفقهاء فمن أراد الاطّلاع علیها فلیرجع إلی المغنی لابن قدامة «۱».

الإنهاء بالکتابة

إذا عرفت ما ذکرنا فاعلم أنّ إنهاء حکم الحاکم إلی الآخر إمّا بالکتابة أو القول أو الشهادة فلنأخذ کلّ بالبحث مفرداً.

أمّـا الإنهـاء بالکتابـة فالمشـهور کمـا عرفت عـدم العبرة بهـا لإمکـان التشبیه و التزویر، و لکن الحقّ الاعتماد علیها إذا حصل الاطمئنان بالقصـد و عـدم التزویر و یؤیّـده السـیرة المسـتمرّة بین العقلاء فی المقام و غیره و قـد حقّق المسألة صاحب الجواهر، و قال: بل یمکن دعوی الضـرورة علی ذلک خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء فی نسـبتهم الخلاف و الوفاق و نقلهم الإجماع و غیره فی کتبهم المعوّل علیها بین العلماء. «۲»

علی أنّ محور القضـاء و إبلاغ الأحکام إلی متولّی الإجراء، کلّها تتم بالکتابـة المختومـة المصونـة عن التزویر، فلو اسـقطنا الکتابـة عن الاعتبار، لعرقلت القضاء خطی عن الإجابة علی حاجات العصر.

الإنهاء بالقول

و هذا هو الطریق الثانی للإنهاء، کأن یقول القاضی الأوّل للآخر: حکمت بکذا أو أنفذت أو أمضیت قال المحقّق: ففی القضاء به تردّد نصّ الشـیخ فی الخلاف أنّه لا یقبل و لکن الحقّ کفایة المشافهة فیما یترقّب من إعلام القاضی الثانی بحکمه و قد عرفناک الآثار التی یرتبها الثانی علی قضاء القاضی الأوّل فی صدر البحث و لا تقتصر المشافهة علی الإبلاغ بشاهدی عدل.

---

(۱) ابن قدامة، المغنی: ۱۱/ ۴۷۲۴۶۹.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۳۰۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۵۶

الإنهاء بالشهادة

اشارة

هذا هو الطریق الثالث یبحث فیه عن جهتین:

الأُولی: حجّیة الشهادة:

و قد استدل المحقّق علی قبولها بوجوه أربعة مختلفة فإلیک بیانها:

۱- إنّ ذلک ممّا تمسّ الحاجة إلیه إذ احتیاج أرباب الحقوق إلی إثباتها فی البلاد المتباعدة غالب و تکلیف شهود الأصل التنقلَ متعذّر أو متعسّر «۱» فلا بدّ من وسیلة إلی استیفائها مع تباعد الغرماء و لا وسیلة إلّا رفع الأحکام إلی الحکّام. لا یقال: یُتوصّل إلی ذلک بالشهادة علی شهود الأصل لأنّا نقول: قد لا یُساعد شهود الفرع علی التنقل. و الشهادة الثالثة لا تُسمع.

۲- لو لم یشرع إنهاء الأحکام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

۳- لأنّ المنع من ذلک یؤدّی إلی استمرار الخصومة فی الواقعة الواحدة بأن یرافعه المحکوم علیه إلی الآخر، فإن لم ینفّذ الثانی ما حکم به الأوّل، اتّصلت المنازعة.

۴- لأنّ الغریمین لو تصادقا انّ حاکماً حکم علیهما، ألزمهما الحاکمُ ما حکم الأوّل، فهکذا لو قامت البیّنة لأنّها تثبت ما لو أقرّ الغریم به، لزم. «۲»

و لا یذهب علیک أنّ مفاد الأدلّة الثلاثة الأُول هو إثبات مشروعیّة حکم الحاکم الآخر، بإنفاذ ما حکم به الأوّل و هذا هو المقصود فی المقام.

و أمّا الآخر، فسیق لإثبات حجّیة البیّنة فی إثبات حکم الحاکم و هو لیس

---

(۱) بخلاف الشاهدین اللّذین یستخدمهما القاضی للإرسال و ربّما یکونان من موظفی المحکمة أو خارجها و مستعدّین للسفر حتّی یشهدا بما رأیا و سمعا.

(۲) الشرائع: ۴/ ۹۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۵۷

بمطروح فی المقام لافتراض الإطلاق فی حجّیتها فلا حاجة إلی الدلیل الرابع.

الجهة الثانیة: کیفیة تحمّل الشهادة

اشارة

إنّ لتحملها صوراً نشیر إلیها:

۱- أن یَحضرا شاهدا الإنهاء خصومة الخصمین و سمعا ما حکم به الحاکم و أشهدهما الحاکم علی حکمه ثمّ شهدا بالحکم عند الآخر فیثبت بشهادتهما حکمُ ذلک الحاکم لینفذ أو یثبت عنده ما حکم به علی الغائب و هذه الصورة من التحمّل هی الصورة التامّة.

۲- أن یَحضرا خصومة الخصمین و یسمعا ما حکم به الحاکم من دون أن یُشهدهما القاضی علی حکمه بل کان هناک استماع فقط و هذه الصورة کالأُولی فی الإثبات و لم یذکرها المحقّق.

۳- أن لا یحضرا خصومة الخصمین، بل حضرا صدور الحکم من القاضی.

۴- أن لا یحضرا شیئاً ممّا یرجع إلیهما غیر أنّ القاضی حکی لهما الواقعة و صورة الحکم و سمّی المتحاکمین بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أخبرا بهما حکمه و قد سبق البحث عنه فی الطریق الثانی و قلنا بالکفایة و قال المحقق فیه تردد و القبول أولی لأنّ حکمه لمّا کان ماضیاً کان إخباره ماضیاً و قد مضی الکلام فیه.

۵- لو لم یحضرا الواقعة و إنّما أشهدهما علی أنّه ثبت عنده کذا و کذا، قال المحقّق: لم یحکم به الثانی و علّله فی الجواهر بأنّ الثبوت

لیس حکماً، و لیس بملازم معه.

هذه صورة التحمّل، و تکفی عامّة الصور فی إثبات صدور الحکم عن القاضی الأوّل، إلّا الأخیر.

و للشاهدین أن یقصّا ما شاهدا، من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاکم

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۵۸

و یقولا: «و أشهدنا علی نفسه أو شهدنا» علی کذا و کذا.

فی تغیّر حال أحد الحاکمین

لو تغیّر حال الحاکم الأوّل بموت أو عزل، لم یقدح ذلک فی العمل بحکمه، لکونه واجداً للشرائط عند الصدور نعم لو فسق ففیه التفصیل، فلو کان عادلًا حین الصدور و حین الإنهاء، (و إن فسق حین الوصول إلی القاضی الثانی أو وقت تنفیذه) کفی بخلاف ما لو افتقد العدالة فی أحد الظرفین الأوّلین.

و لو تغیّر حال المکتوب إلیه، فلا یضرّ، لأنّ قضاء الأوّل حجّة علی کلّ من کانت عنده البیّنة بأنّ الأوّل حکم علی کذا.

مسائل ثلاث:

المسألة الأُولی: ینبغی أن یکون کتاب القاضی إلی قاض مثله، مشتملًا علی خصوصیات الطرفین

بأن یشتمل علی اسم المحکوم له و المحکوم علیه و اسم أبیهما، و مهنتهما، و اسم عائلتهما و رقم الهویة إلی غیر ذلک من المواصفات التی بها یتعرّف علی المحکوم علیه. ثمّ الشاهدان، تارة یشهدان علی العین و أنّ الرجل الخارجی محکوم علیه و أُخری علی الأوصاف الکلّیة، و علی الأوّل، ینفّذ فی حقّه الحکم سواء أقرّ بأنّه المحکوم علیه أو لا، لقیام البیّنة علی الشخص الخارجی إنّما الکلام إذا شهدا علی الأوصاف و انطبقت علی شخص فحینئذ إن أقرّ، فیکون مثل الشهادة علی العین و إن أنکر أن یکون هو المقصود من الأوصاف الواردة فی الکتاب فله صورتان.

الأُولی: إذا کانت الأوصاف و الشهادة علیها علی وجه یحتمل الاتّفاق

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۵۹

و الشرکة غالباً کما إذا اقتصر القاضی علی الاسم من دون أن یشیر إلی اسم العائلة و غیره کأحمد بن محمّد. فهناک وجهان:

۱- بطلان الحکم من أصل و هو خیرة صاحب المسالک قال: أمّا إذا اقتصر علی إنّی حکمتُ علی محمّد بن أحمد، مثلًا فقیل «۱» یبطل الحکم لأنّ المحکوم علیه منهم لم یتعیّن بإشارة و لا وصف حتّی لو حضر رجل و اعترف بأنّه محمّد بن أحمد و انّه المعنی فی الکتاب لم یلزم ذلک، لبطلان الحکم فی نفسه إلّا أن یُقرَّ بالحقّ بخلاف ما استقصی الوصف و لم یقصِّر و ظهر الاشتراک و اتّفق اشتباهه «۲» و مال إلیه فی الجواهر و حکی عن العلّامة فی القواعد و التحریر.

۲- صحّة القضاء غایة الأمر، یرجع فی تعیین المحکوم علیه إلی قواعد القضاء و علیه هنا صور ثلاث:

أ: إذا حضر رجل و ادّعی أنّه محمّد بن أحمد و أنّه المعنی بالکتاب یُلْزمُ بالأداء و لا یتوقّف علی الإقرار بالحقّ.

ب: لو أنکر أنّه المعنیّ به و أقام المدَّعی البیّنة علی أنّه المعنیّ به، یؤخذ و یُلزم بالأداء.

ج: و إن لم یقم المدّعی البیّنة لزم علی المنکر الیمین علی أنّه لیس بمقصود.

الثانیة: ما إذا استقصی القاضی الأوصافَ و لم یقصر علی وجه یعدّ احتمال الاشتراک فیها نادراً، و عندئذ فإن أقامت البیّنة علی أنّه اسمه و نسبه أو صدّق المدّعی علیه أنّه اسمه و اسم أبیه و صار کلّ ما جاء فی الکتاب منطبقاً علیه و لم یوجد هناک من یشارکه فی

الاسم و الصفات المذكورة، لزمه الحكم لأنّ الظاهر أنّه المحكوم عليه. و لا يلتفت إلى إنكاره، لو أنكر.

نعم لو ادّعى أنّ فى البلد رجلًا يساوى اسمه فى الاسم و النسب يكلّف

---

(۱) القائل هو الشهيد فى الدروس.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۲۴.

بتعريفه و إثبات أنّ اسمه و نسبه مساويان معه، فيحضر المشارك فإن اعترف بالحقّ طولب به و يُخلّص الأوّل و إن أنكر وقف الحكم حتّى ينكشف و يتبيّن، للعلم الإجمالى، بأنّ أحد الرجلين محكوم بالأداء فيوقف الحكم عن التنفيذ فى تميّز المحكوم عليه.

و أمّا إذا كان المساوى فى الاسم و الوصف ميّتاً فلو دلّت القرائن على براءة الميّت كما إذا لم يعاصره المدّعى، أو كان تاريخ الحقّ متأخّراً عن موته، فيُلزم الحىّ بالدفع و إلّا وقف الحكم حتّى يتميّز المحكوم عليه كما فى صورة حياتهما.

المسألة الثانية إذا شهدت البيّنةُ على رجل بدين أو عين لآخر أو اعترف بذلك ابتداء فهل له الامتناع من الدفع أو الردّ حتّى يَشهد القابضُ بالأخذ أو لا؟

وجوه:

۱- يجوز له الامتناع دفعاً للضرر المحتمل، إذ ربّما يدّعى عليه بعد الأخذ و ليس له شاهد على الأداء.

۲- لا يجوز له الامتناع إذ مضافاً إلى أنّ الإمساك ضرر على المالك أنّ أمامه أحد الأمرين حسب اختلاف المورد. الأوّل: عدم الاعتراف بالأصل و ادّعاء براءة ذمّته ممّا يدّعيه مع اليمين الصادقة و لا ضرر فيها، أو الاعتراف بالأصل مع اليمين كما فى مورد الودعى حيث يقبل ادّعاء الردّ معها.

۳- التفصيل بين ما لو كان بالحقّ شاهد فالأوّل و إلّا فالثانى.

و اختار المحقّق القول الأوّل قائلًا بأنّ المنازعة و توجّه اليمين ممّا ينبغى دفعه خصوصاً عن ذى المروءات فيكون حسم مادّتها بالإشهاد عذراً فى تأخير الحقّ إلى أن يحكمه.

أقول: إنّ الموضوع فى كلام المحقّق المشهود عليه، حيث قال: للمشهود عليه

أن يمتنع من التسليم، و عليه ففيما لا يكون هناك شاهد بالحقّ خارج عن موضوع البحث فيكون البحث مركّزاً على ما إذا كان بالحقّ شاهد فلا يبقى موضوع للتفصيل بين ما يكون بالحقّ شاهد و عدمه لأنّ الثانى خارج عن البحث و العرف يساعد على الامتناع إذا كان بالحقّ شاهد و يرى الممتنع محقّاً و بعبارة أُخرى أنّه مأمور بالدفع و الأداء و أمّا الكيفيّة فمتروكة إلى قضاء العرف و العقلاء، و هم يرون الدفع بلا إشهاد عملًا غير عقلائى و إلقاء للنفس فى الخسران، نعم لو لم يكن بالحقّ شاهد فهو كما عرفت.

المسألة الثالثة إذا استدان جنساً أو باعه سلماً و أخذ الثمن و دفع الحجّة، فهل للمدين أو بائع السلم أن يستردّا الحجّة عند الأداء أو لا؟

قال المحقّق: لا يجب على المدّعى (الدائن و المشترى) دفع الحجّة مع الوفاء و ذلك لوجهين:

الأوّل: لأنّها حجّة له لو خرج المقبوض مستحقّاً للغير، و لا ينحصر فائدتها فى زمن ملكه بل يحتاج إليها بعد البراءة و خروج الملك عنه ليكون حجّة على الدرك.

الثانى: لأنّها ملك لمن هى فى يده و لا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره و إن لم يكن له منفعة. «۱»

و ضعف الثانی واضح، لأنّ الحجّة لو كانت سنداً مكتوباً فهو غالباً يكون من قبل المديون أو بايع السلف فيكون ملكاً له. فإذا قام بالوفاء يجب عليه دفعه إليه، لأنّه لا يتجاوز عن الرهن، الذی يجب ردّه إلى الراهن بعد أخذ الدين.

و أمّا الامتناع عن الدفع، باحتمال كون المقبوض مال الغير، فلا يكون مجوّزاً للامتناع، غاية الأمر أنّ للآخذ أن يستشهد لما قبض و أنّه فی مقابل الدين، بحيث

---

(۱) زين الدين العاملی، المسالک: ۲/ ۴۲۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۶۲

لو تبيّن كونه مال الغير، كانت له الحجّة على العود إلى الدافع. أضف إلى ذلک أنّ العرف يرى الحجّة كالرهن لدى الدائن و المشتری، فإذا أدّى العين أو خرج عن العهدة تستردّ الحجّة، كالعين المرهونة و فی بعض الروايات أنّ الإمام علی بن الحسين عليهما السّلام قرض و دفع خيطاً من عباءته باسم الحجّة، فلما بلغ أجله، و أراد الإمام الوفاء طلب الخيط و لم يدفعه حتّى أخذه.

و لو اشترى داراً و باعها من آخر و طلب المشتری الثانی كتابَ الأصل قال المحقّق: لا- يجب التسليم لوجهين كونها ملكاً للمشتری الأوّل و لأنّه حجّة له على البائع الأوّل لو خرج مستحقّاً للغير.

يلاحظ على الدليل الأوّل أنّ كتاب الأصل ربّما يعدّ من توابع البيت كالمفتاح، فيكون له قسط من الثمن فلا يصحّ الامتناع من الدفع كما أنّ الدليل الثانی لا يمنع من التسليم، لإمكان الاستشهاد على ابتياعه من البائع الأوّل.

و أمّا الرائج اليوم فإذا تمّ ثبت البيت فی دائرة الأملاک، يدفع إلى صاحبه دفتر يسجّل فيه اسم المالک و هويّته، و يحدّد فيه حدود الملک و يتوارد البيوع المتأخرة عليه فلا مناص عن دفع السند الأوّل إلى المشتری.

و أمّا إذا لم يسجّل البيت فی دائرة الأملاک أو سُجّل و لكن لا بصورة كاملة فيكتفی بسند عادی أو رسمی دالّ على البيع من ثالث، من دون الزام على دفع سند الأصل، و ربّما لا يتمكن من الدفع إذا كان سنداً عامّاً لكثير من البيوت و الأراضی.

نجز الكلام فی الجزء الأوّل من كتاب القضاء

و يتلوه الجزء الثانی بإذن الله

مبتدئاً بأحكام القسمة.

و الحمد لله أوّلًا و آخراً

الجزء الثانی

اشارة

نظام

القضاء و الشهادة

فی الشريعة الاسلامية الغراء

تأليف: العلامة الفقيه الشيخ جعفر السبحانی

الجزء الثانی

نشر: مؤسسة الإمام الصادق (ع) إيران قم

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲

هویة الکتاب

اسم الکتاب: نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغرّاء

المؤلف: جعفر السبحانی

الجزء: الثانی

الطبعة: الأولی

المطبعة: اعتماد قم

التاریخ: ۱۴۱۸ ه ق/ ۱۳۷۶ هش

الکمیة: ۲۰۰۰ نخسة

الناشر: مؤسسة الامام الصادق علیه السَّلام

السعر: ۲۵۰۰ تومان

الصفّ و الإخراج باللاینوترون: مؤسسة الامام الصادق علیه السَّلام

۹۶۴۶۲۴۳۱۵۰: شابک

توزیع

مکتبة التوحید

قم ساحة الشهداء ۷۷۴۳۱۵۱

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمد الله ربّ العالمین و الصلاة و السلام علی محمّد و آله الطیّبین الطاهرین.

أمّا بعد:

هـذا هو الجزء الثانی من کتابنا المسـمّی «نظام القضاء و الشـهادة فی الشـریعة الاسـلامیة الغرّاء» نقـدّمه الی القرّاء الکرام آملین أن ینال رضاهم، و یتحفونا بآرائهم و یرشدونا إلی مواضع الخطأ فیه «فإنّ أحبَ إخوانی مَن أهدی إلیَّ عُیُوبی» کما جاء فی الحدیث الشریف. و نبتـدئ فیه بـالبحث فی أحکـام القسـمة سـائرین علی ضوء کتـاب «شـرائع الإسـلام فی مسائل الحلال و الحرام» لنجم الملّة و الـدین المحقّق الحلّی قدّس الله سرّة.

المؤلف

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۵

[تتمة مباحث القضاء]

[تتمة النظر الثالث فی کیفیة الحکم]

[تتمة خاتمة تشتمل علی الفصلین]

[الفصل الثانی] فی أحکام القسمة

و قبل الخوض فی المقصد نقدّم أُموراً:

۱– الأولی إفراد القسمة کتاباً کما صنعه البعض

، و علی فرض التـذییل فالأولی جعله ذیلًا لکتاب الشـرکة، و جعله المحقّق ذیلًا لکتاب القضاء لأنّ القضاء و انهاء النزاع ربّما لا یمکن إلّا بالإفراز و القسمة فناسب البحث عنها فی المقام.

۲– إنّ التشریک فی الأموال أمر یتفق کثیراً إمّا بلا اختیار کما فی الفرائض أو بالامتزاج أو الاختلاط

بحیث لاـ یتمیّزان کمـا فی الرهن و الـرز و الحنطـة، و لکن بقاء الشـرکة ربّما یورث العسـر و الحرج أو یُثیر النزاع فلا جرم ربّما تمسّ الحاجـة إلی القسـمة، حفظاً للنظام. و قـد أمضاها الشارع فلا حاجـة لإثبات شـرعیتها إلی التمسّک بآیات وردت فیه کلمة القسـمة مثل قوله سبحانه: (وَ إِذا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبی وَ الْیَتامی وَ الْمَساکِینُ فَارْزُقُوهُمْ) (النساء/ ۸) و یحکی الذکر الحکیم عن وجودها بین الأُمم السابقـة کما فی قصّـة ناقـة ثمود إذ قال لهم نبیهم: (وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْماءَ قِسْـمَةٌ بَیْنَهُمْ کُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَـرٌ) (القمر/ ۲۸). نعم لاـ بأس بذکر الآیات تبرّکاً.

۳– و ربّما تعرف القسمة بأنها عبارة عن تمیّز النصف المشاع مثلًا عن النصف الآخر

ثمّ اعترف القائل بأنّ حقیقة التمیّز فی الإشاعة من المسـتحیلات التی لا تتعلّق بها القدرة لکن فی العرف عمل یسـمّونه بالتمیز و أمضاه الشارع، کما فی العرف معاملة یسمّونه بتملیک المعدوم کالمنافع. «۱»

---

(۱) المحقّق الرشتی، کتاب القضاء: ۲/ ۳۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۶

و لا یخفی ما فی المشـبه و المشـبه به من الإشـکال أمّا الثانی فلأنّ الإجارة لیست تملیکاً للمنافع، بل هی تسلیط العین لغایة الانتفاع من منافعها، و التسلیط أمر وجودی و أمّا المشبّه، فلأنّه إذا کان الملک مغموراً فی الإبهام عند العرف من رأس، فکیف یسمّیه تمیّزاً؟!

ربما تعرّف أیضاً بقولهم بتمیّز أحد النصـیبین عن الآخر، أو أحد الأنصـباء عن غیره و قال السیّد الأصفهانی: هی تمیّز حصص الشرکاء بعضاً عن بعض «۱».

یلاحـظ علیه: أنّ التعبیر بـالتمیّز فرع کونه متمیزاً واقعـاً، لاـ ظـاهراً، مع أنّ نصـیب کـلّ غیر متمیز واقعاً و لا ظاهراً و لأجل ما ذکرنا علّق سیدنا الأُستاذ قدس سره علی تعریف السیّد الأصفهانی قوله: بمعنی جعل التعیین بعد ما لم یکن معینة بحسب الواقع لا تمیّز ما هو معیّن واقعاً و مشتبه ظاهراً. «۲» و الأولی أن یعرف بإزالة الشرکة بجعل التعیین للحصص.

۴– الظاهر أنّ القسمة أصل برأسه، لا أنّه بیع فی مورد العین

بتصوّر أنّ القسـمة فیها بمبادلـة حصّـة کلّ فی جانب، بحصّـة الآخر فی الجانب الآخر، أو إجارة فی مورد المنافع کما إذا اسـتأجرا داراً بالمشـاع ثمّ اقتسـما فی الانتفاع، فکأنّ کلّ واحـد من الشـریکین یوجر نصف سـهمه من کلّ غرفـة من آخر، و الظاهر أنّه أصل برأسـه لاختصاصـها بأحکام خاصّة کاشـفة عن استقلالها فی الموضوعیة، و لأجل ذلک لا یلحق بها أحکام البیع فی خیار المجلس. قال السیّد الأصـفهانی: و لیست ببیع و لاـ معاوضـة فلاـ یجری فیهـا خیـار المجلس و الحیوان المختصـین بالبیع و لا یـدخل فیها الربا و إن عمّمناه

لجمیع المعاوضات. «۳»

۵- إذا خرجنا باستقلال القسمة فی مقام الموضوعیة یقع الکلام فی ماهیّتها

و هناک احتمالات ثلاثة ذکرها المحقق الرشتی فی قضائه و قال:

---

(۱) الوسیلة: ۲/ ۱۱۱- ۱۱۲، کتاب القسمة.

(۲) تحریر الوسیلة: ۱/ ۶۲۷.

(۳) الوسیلة: ۲/ ۱۱۱.

و هل هی من قبیل العقود، أو الإیقاعات، أو الموضوعات المترتّبة علیها الأحکام کالالتقاط، و الغصب، و الإحیاء، و الخیار، و النسب و نحوها ممّا لا یرجع إلی عقد أو إیقاع فیه وجوه أقواها الأخیر. «۱»

وجهه أنّ العقد سواء کان بمعناه اللغوی، و هو ربط شیء بشیء، أو بمعنی العهد المطلق، أو العهد المشدّد، یتوقّف علی ربط شیء بشیء، و لیست القسمة من تلک المقولة و إنّما هی عمل خارجی یتضمّن فصل المالین و تعیینهما بالقرعة و غیرها فهی فاقدة لمعنی العقد بکلا المعنیین إلّا علی وجه بعید فهی إمّا من قبیل الإیقاع أو الموضوعات التی لها آثار عند الشرع.

إنّ الکلام یقع فی محاور أربعة: القاسم، و المقسوم، و الکیفیة، و اللواحق،

اشارة

و إلیک الکلام فی الأوّل:

الأوّل الکلام فی القاسم

اشارة

قال المحقّق: یستحبّ للإمام أن ینصب قاسماً کما کان لعلی علیه السَّلام و التقسیم قد یتولّاه الشرکاء بأنفسهم، فیکون القاسم وکیلًا لهم یشترط فیه ما یشترط فی الوکیل و قد یتولّاه الإمام مباشرة أو بالقاسم الذی نصبه الإمام.

و المستفاد من کلامه أنّ نصب القاسم مستحبّ و علّله فی المسالک أنّه من جملة المصالح و روی أنّه کان لعلیّ قاسم یقال له عبد اللّه بن یحیی کان یرزق من بیت الإمام «۲».

دلّت السیرة النبویة علی أنّه کان للنبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قاسماً باسم عبد اللّه بن رواحة و قد استشهد فی غزوة موتة و کان لعلی قاسماً باسم عبد اللّه بن یحیی الحضرمی و قد

---

(۱) الرشتی: کتاب القضاء: ۲/ ۴۴.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۲۵ و الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۴.

عدّه الشیخ من أصحاب أمیر المؤمنین، و عدّه البرقی من شرطة الخمیس و أنّ الإمام قال له یوم الجمل: ابشر یا ابن یحیی و هو الذی

قتله معاویة مع أصحابه، و من الجرائم التی عدّها الإمام الحسین علیه السّلام لمعاویة فی رسالة بعثها إلیه قتله الحضرمیین. «۱»
أقول: إنّ المصالح العامّة تتوقّف علی وجود القسـمة و القاسم فی واقعة أو وقائع، و أمّا توقّفها علی نصب إنسان للقسمة، دائماً فلا، نعم لو کانت الحاجة إلی القسـمة متوفرة لا یقوم إلّا بتعیین شـخص لها، یلزم نصبه حفظاً لمصالح العامّة، و فعل النبی و الوصی لا یدلّ علی الاستحباب، فوزان القاسم، وزان الکاتب للقاضی، و قد ترتفع الحاجة، بوجود الکاتب و ربّما تمسّ الحاجة بنصب شخص للکتابة فعند ذاک یجب کسـائر الأُـمور التی یتوقّف علیها نظام الحیاة. و علی ذلک فلم نجـد دلیلًا علی اسـتحباب النصب إذ هو بین کونه مباحاً إذا کانت الحاجة إلیه قلیلة أو واجباً توصّلیاً کسائر الواجبات التی یقوم علیها صرح النظام.

شرائط القاسم

اشارة

قال المحقّق: و یشترط فیه: البلوغ و کمال العقل و الإیمان و العدالة و المعرفة بالحساب.
أقول: لو کـانت القسـمة منصـباً کمنصب القضـاء یشترط فیه مـا یشترط فی سائر المناصب، فإنّ الولایـة الإلهیـة إنّما هی للبالغ، العاقل، المؤمن، العـادل فلا ولایـة لغیر البالغ علی البالغ، و لا للمجنون علی العاقل، و لا للکافر علی المسـلم، و لا للفاسق علی العادل، و لا لغیر المؤمن بـالمعنی الأـخصّ علی غیره إنّمـا الکلاـم فی کونهـا مقامـاً و منصـباً بـل هو من الأُـمور الواجبـة التی یتوقّف علیهـا نظـام الحیاة الاجتماعیة، فیکفی فی ذلک استخدام شخص لتلک الغایة کالکتابة نعم یظهر من

---

(۱) المامقانی، تنقیح المقال: ۲/ ۲۲۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۹

بعضهم أنّه قسم من الحکومة «۱» فإن أراد أنّه یتبع الحکومة کتبعیة سائر الموظّفین فصحیح و إن أراد أنّه منصب إلهیّ، فهو ممنوع.
نعم بما أنّ الحاکم یسلّطه علی أموال الناس یجب أن یکون إنساناً أمیناً، عارفاً بأُمور القسمة، و مقدّماتها فی تقسیم المواریث و الأموال و علی ذلـک یکفی فیه تحقّق الوصـفین: الأمانـة و المعرفـة. نعم لو کـان اسـتخدام الکـافر أو المسـلم الفـاسق، أو الصبی المراهق وهناً للحکومة الإسـلامیة یلزم أن یکون بالغاً مسلماً، مؤمناً، عادلًا حفظاً لشئون الحکومة و الإمامة، و لأجل ذلک لو تراضی الخصمان بقاسم غیر قـاسم الإمـام جـاز قطعاً و لا یشترط فیه الإسـلام و لا یعـدُّ قبول عمله رکوناً، خصوصاً إذا عـدّ عمله، عمل الموکّل، کما لا یشترط البلوغ، بعد کون عمله بإذن الشرکاء فإنّ عقد الصبی و عمله، جائز إذا کان بإذن الولی، کما بیّنه المحقّق فی محلّه.
و الحاصـل أنّه لاـ دلیل علی اشتراط ما ذکره من الأوصاف لا فی قاسم الإمام إلّا من جهـة العنوان الثانوی و لا فی قاسم الشـرکاء، و لو قلنـا بـأنّ القسـمة عقـد، تکون نافـذة و إن کـان المتصـدّی الصبی إذا لحقه رضـی الولیّ أو کان مقارناً فإنّ عمل الصبی لیس مسـلوب الاعتبار علی الإطلاق بل لیس نافذاً وحده و إنّما یکون نافذاً مع إذن الولی.

إنّ هنا مسائل ست تعرّض لها المحقّق ما عدا الخامسة منها، و إلیک عناوینها:

اشارة

۱- صحّة التقسیم بالتراضی من دون قاسم.
۲- نفوذ قسمة القاسم بالقرعة إذا کان منصوباً من قبل الحاکم.
۳- نفوذ قسمته إذا کان وکیلًا للشرکاء.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۳۲۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۰

۴ کفایة القاسم الواحد أو لزوم تعدّده.

۵- اعتبار القرعة فی التقسیم.

۶- أُجرة القسّام علی الحاکم و علی غیره.

و قد بسط الکلام فیها صاحب الجواهر فی کتاب الشرکة و السیّد الطباطبائی فی الملحقات و سنشیر عند البحث إلی مصادر کلماتهما بإذن اللّه سبحانه.

1- صحّة التقسیم بالتراضی من دون قاسم

الکلام فی صحّة التقسیم بالتراضی من دون قاسم، بقرعة أو غیرها و محور البحث، عدم توقّف القسمة علی القاسم، و أمّا الکیفیة، فلیست بمورد للنظر.

قال المحقّق: لو تراضیا بأنفسهما من غیر قاسم أقربه الجواز. ذکره المحقّق عند الاستدلال علی جواز التراضی بقسمة الکافر و مشبهاً له بالمقام و استدلّ له صاحب الجواهر بإطلاق الأدلّة و عمومها و مراده منها هو العمومات التی یتمسّک بها فی أبواب التجارات کقوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «الناس مسلّطون علی أموالهم» و قوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم «لا یحلّ مال امرئ إلّا بطیب نفسه» و قوله تعالی: (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ) (النساء/ ۲۹).

یلاحظ علیه بما ذکرناه فی محلّه من أنّه لا إطلاق لها بالنسبة إلی أسباب التملّک فلو شککنا فی شرطیة العربیة أو البلوغ لا یصحّ التمسّک بها لإزالة هذا النوع من الشکّ نظیر التمسک بقوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «النکاح سنّتی فمن رغب عن سنّتی فلیس منّی» «۱» لرفع الشکّ فی شرطیة تقدّم الإیجاب علی القبول. و الشکّ فی المقام مرکّز علی أنّ مجرّد التراضی علی الحصص المعدّلة من دون قاسم، هل یوجب إزالة الشرکة و تعیین الحصّة أو لا؟ و من المعلوم أنّه لیس لهذه العمومات نظر إلی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۴، الباب ۱۶ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۱

أسباب التملّک و لا إلی أنّ التراضی مشرّع، نعم لو ثبت کون شیء سبباً للتملّک و التعیّن، فنفس التراضی کاف.

و الأولی أن یستدلّ: أنّ القسمة من الأُمور العرفیة الواضحة التی، تترتّب علیها الأحکام کالالتقاط، و الإحیاء و الحیازة و أمضاها الشارع و لیس لها حقیقة عندهم سوی تعدیل الحصص، و الرضا بها و المفروض أنّهما حاصلان، و احتمال اعتبار أمر آخر، کالقاسم، یحتاج إلی دلیل و مع عدمه فالأصل البراءة.

2- نفوذ قسمة القاسم المنصوب من قبل الحاکم بالقرعة

إذا عدّل القاسم المنصوب من قبل الإمام و أقرع فهل تمضی قسمته بنفس القرعة، أو یعتبر رضاهما بعدها؟

قال الشیخ فی المبسوط: فإن نصبه الحاکم للقسمة، فإذا عدَّل السهام و أقرع کانت القرعة حکماً تلزم القسمة به «۱» و هو خیرة المحقّق فی الشرائع. و وجهه واضح و ذلک لأنّه لو قلنا بأنّ القسمة عقد من العقود و له أسباب منها، تقسیم القاسم بالقرعة، فیشمله عموم الوفاء بالعقود. و أمّا لو قلنا بأنّه من الموضوعات المترتّبة علیها الأحکام، کالغصب و الاحتطاب و الحیازة، فظاهر أدلّة القرعة هو اللزوم أیضاً و عدم صحّة الرجوع.

قال رسول اللّه صلَّی اللّه علیه و آله و سلَّم: «لیس قوم تنازعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلی اللّه إلّا خرج سهم المحق». «۲»

و فی روایهٔ محمّد بن حکیم قال: سألت أبا الحسن علیه السَّلام عن شیء فقال لی: «کلّ مجهول ففیه القرعهٔ» قلت له: إنّ القرعهٔ تخطئ و تصیب قال: «کلّ ما حکم اللّه به فلیس بمخطئ» ۳

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۳.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۵-، ۱۱.

و فی روایهٔ عن الإمام الصادق علیه السَّلام قال: «أیّ قضیهٔ أعدل من القرعهٔ» «۱» إلی غیر ذلک من العناوین الدالّهٔ علی أنّ التجاوز عن القرعهٔ، تجاوز عن المحق، و المصیب و الأعدل، إلی غیره و من المعلوم أنّه لیس المتجاوز إلیه، إلّا الباطل إذ لیس بعد الحق إلّا الضلال. أضف إلی ذلک سیرهٔ العقلاء، حیث یعدّون رفض القرعهٔ، بعد الإقراع، طغیاناً و شغباً.

3- نفوذ قرعة القاسم المرضیّ للشرکاء

إذا کان القاسم مرضیّاً للشرکاء و قد عدّل الحصص و السهام و أقرع فهل یکون نافذاً مطلقاً، أو غیر نافذ کذلک، و یتوقّف علی الرضاء اللاحق، أو یُفصّل بین القسمهٔ المشتملهٔ علی الردّ فیعتبر و إلّا فلا؟

و الأوّل خیرهٔ الشیخ و المحقّق، و الثانی خیرهٔ الشهید فی الدروس، و الثالث هو المنقول من صاحب الریاض.

قال الشیخ: «إذا تراضیا بثقهٔ من أهل العلم حکماً بینهما فحکمَ بینهما فیما یلزم الحکم قال قوم یلزم بنفس الحکم کالحاکم سواء و قال آخرون بالحکم و الرضا به بعده». «۲»

و قال المحقّق: «فی القاسم غیر المنصوب یقف اللزوم علی الرضا بعد القرعهٔ و فی هذا إشکال من حیث إنّ القرعهٔ وسیلهٔ إلی تعیین الحقّ و قد قارنها الرضا». «۳»

أقول: إنّ اتّفاقهم علی عدم اعتبار الرضا فیما إذا کان القاسم منصوباً من الحاکم، دلیل علی تحقّق القسمهٔ و تعیّن الحصص، و ملکیهٔ کلّ لحصته بنفس القرعهٔ، من دون حاجهٔ إلی أمر آخر، فبما انّ القسمهٔ مفهوم واحد، لا تختلف

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱۳.

(۲) المبسوط: ۸/ ۱۳۴.

(۳) الشرائع: ۴/ ۱۰۰.

حقیقتها، باختلاف القاسم من حیث کونه منصوباً و عدمه، یلزم أن یکون کذلک فیما إذا کان القاسم مرضیّ الشرکاء إذ لا معنی لأن تختلف حقیقتها باختلاف القاسم الذی هو خارج عن حقیقتها.

و لعلّه إلی ما ذکرنا ینظر کلام المحقّق: «إنّ القرعهٔ وسیلهٔ إلی تعیین الحقّ و قد قارنها الرضا» فالتعیین علی هذا الوجه أوجب تمیّز أحد الحقّین عن الآخر فیتعیّن بالرضا المقارن.

أضف إلی ذلک ما تقدّم فی الفرع المتقدّم من ظهور أدلّهٔ القرعهٔ فی اللزوم.

ثمّ إنّ الشهید اشترط تراضیهما بعد القرعهٔ إذا اشتملت القسمهٔ علی الرد «۱» و کأنّه مبنیّ علی أنّ الردّ ممّن خرج له النصیب الأوفر معاوضهٔ بین سهم الشریک فیما أخذ، و ما یردّه، و هو یتوقّف علی الرضاء وراء الرضا بالتقسیم.

یلاحظ علیه: أنّ الردّ لیس معاوضهٔ مستقلّهٔ بل من توابع القسمهٔ المحقّقهٔ بنفس تعیین الحصص بالقرعهٔ.

ثمّ إنّ صاحب الرياض من القائلين باعتبار الرضا اللاحق مطلقاً متمسّكاً باستصحاب بقاء الشركة بدون الرضا، و هو غير تام لقيام الدليل على صحّة القسمة. و استصحاب بقاء الشركة، معارض باستصحاب حصول الملكيّة للاتّفاق على حصول الملكيّة بالرضا المقارن، إنّما الكلام فى انحلال الملكيّة، بعدم الرضا اللاحق، و تصوّر أنّ الشكّ فى بقاء ملكية كلّ شريك

بالنسبة إلى حصّيته، ناش من بقاء الشركة و عدمها فباستصحاب بقاء الشركة يزول الشكّ فى بقاء الملكيّة شأن كلّ أصل مسببى و سببى، مدفوع بأنّ الشكّ فى كليهما ناشئان من اشتراط بقاء الرضاء بعد القرعة و عدمه، فإذا دلّ الدليل على عدم الاشتراط يرتفع الشكّ فى كلا الطرفين و يثبت ارتفاع الشركة و انحلالها و بقاء مالكيّة كلّ شريك

---

(۱) محمّد مكى، الدروس ج ۲، كتاب القسمة/ ۱۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴

بالنسبة إلى حصّته.

4- كفاية القاسم الواحد أو لزوم تعدّده

قال المحقّق: و يجزى القاسم الواحد إذا لم يكن فى القسمة ردّ، و لا بدّ من اثنين فى قسمة الردّ لأنّها تتضمّن تقويماً فلا ينفرد الواحد به (لأنّه من أقسام الشهادة) و يسقط اعتبار الثانى مع رضا الشريك.

يلاحظ عليه أوّلًا: أنّ كون أمر التقويم من باب الشهادة أوّل الكلام لأنّ الشهادة أساسه الإدراك بالحس، دون الحدس، و التقويم مبنى على الحدس غالباً، كنظر الطبيب و فتوى المجتهد و رأى كلّ متخصص فى كلّ أمر يحتاج إلى إعمال النظر.

و ثانياً: أنّ القسمة غالباً تتوقّف على التعديل أوّلًا، ثمّ التفريق ثانياً و كثيراً مّا يتوقّف التعديل على التقويم كما فى تقسيم أثاث البيت المتشكّلة من أُمور مختلفة، فيحتاج إلى التقويم و إن لم يكن فيها ردّ، فلا يختصّ التقويم بقسمة الردّ، بل يعمّها ممّا يتوقّف التقسيم على التقويم.

و ثالثاً: أنّ تعدّد المقوّم، لا يلازم تعدّد القاسم إذ ربّما يكون القاسم غير المقوّم و القسمة أمر غير التقويم و لعلّه لما ذكرنا كان لعلى عليه السَّلام قاسم واحد باسم عبد اللّه بن يحيى الحضرمى.

و رابعاً: أنّ سقوط التعدّد عند رضا الطرفين لأجل أنّ الحقّ منحصر فيهما، لا يثبت القسمة لأنّ رضا الشريكين لا يغيّر الحكم الشرعى و لا يوجب تحقّق عنوان القسمة، نعم صرف الرضاء يُحلُّ التصرّف و إن لم يكن هنا مقوّم و لا مقسّم. و الحاصل أنّ حليّة التصرّف قائم بالرضا، و لكنّه ليس بمشرّع، فلا يكون رضاؤه على التصرّف دليلًا على تحقق سبب الملكيّة و هو التقسيم كما ذكرناه سابقاً.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۵

5- اعتبار القرعة فى القسمة

هذه هى المسألة التى لم يتعرّض لها المحقّق.

لا محيص عن القرعة إذا تنازعا فى تعيين الحِصص، إنّما الكلام فى اعتبارها فى تحقّق القسمة و إن لم يكن تنازع ففيه قولان:

۱- الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهامهم.

۲- اعتبارها فى صدق الانقسام شرعاً.

و الأوّل خيرة الأردبيلى و المحدّث البحرانى، و الثانى، مختار صاحب الجواهر استدل للقول الأوّل بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»، و لأنّه من التجارة عن تراض، و أكل مال الغير بطيب نفسه، و فحوى قوله عليه السَّلام فى رجلين لا يدرى كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولى ما عندى، فقال: «لا بأس إذا تراضيا و طابت أنفسهما». «۱»

و لو قلنا بعدم حصول الملک بدون القرعة، فلا کلام فی جواز التصرّف فیه تصرّف المالک مثل ما قیل فی المعاطاة و العطایا و الهدایا و التحف. و احتمال کونه حراماً لکونه بعقد باطل، محجوج بعمل المسلمین علی خلافه بل علی الملک. «۲»

یلاحظ علیه: أوّلًا ما سبق منّا من أنّ هذه العمومات، لیست ناظرة إلی أسباب الملکیّة حتّی یتمسّک بإطلاقها. بل هی بصدد بیان أنّ الإنسان المالک للشیء بسبب صحیح عند الشرع، له التقلّب فی ماله کیف یشاء و لیس لغیر المالک التصرّف فی مال المالک إلّا بطیب نفسه أمّا أنّ القسمة بلا قرعة سبب أو لا، فلیست فی مقام بیانه حتّی یتمسّک بإطلاقها.

و إن شئت قلت: إنّ کلّ مالک علی نحو الإشاعة، له التصرّف کیفما شاء من

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، کتاب الصلح، الباب ۵-، الحدیث ۱.

(۲) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۰/ ۲۱۵، کتاب الشرکة.

البیع و الهبة و أمّا أنّه مختار إذا أراد تبدیل الملکیة الإشاعیة، بالملکیة الإفرازیة، فی أن یتسبّب بأی سبب شاء، فلا یستفاد منها.

و ثانیاً: أنّ الکلام فی حصول القسمة شرعاً التی تثبت الملکیّة للحصص الخارجیة، لا مجرّد جواز التصرّف إذ لا شکّ فی أنّه یجوز للشریک التصرّف فی المال المشترک بإذن شریکه و یحصل البراءة من الدین بمجرّد الرضا و لکن الکلام فی تحقّق الملکیة الإفرازیة بالحصّة بدون القرعة بحیث لا یجوز للشریک التصرّف فی الحصّة المعیّنة لشریکه.

ثمّ إنّ المحدّث البحرانی تبع المحقّق الأردبیلی فقال: إنّی لم أقف فی الأخبار علی ما ذکروه من القرعة (و القاسم من جهة الإمام) بل ظاهرها کما تری هو الصحّة مع تراضیهما بما یتقسّمانه ثمّ استدل علی عدم اعتبار القرعة بروایات یرجع محصلها إلی حدیثین:

۱- روایة غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السّلام فی رجلین بینهما مال، منه بأیدیهما و منه غائب عنهما فاقتسما الّذی بأیدیهما و أحال کلّ واحد منهما من نصیبه الغائب فاقتضی أحدهما و لم یقتض الآخر فقال: «ما اقتضی أحدهما فهو بینهما و ما یذهب بینهما». «۱»

۲- روایة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: سألته عن رجلین بینهما مال منه دین و منه عین فاقتسما العین و الدین فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه و خرج الذی للآخر أ یردّ علی صاحبه؟ قال: «نعم ما یذهب بماله». «۲»

قال: تدلّ هذه الروایات علی أنّ الاقتسام إنّما وقع من الشرکاء بمجرّد تمیّز سهام کلّ واحد من ذلک المال المشترک الموجود بأیدیهم مثلیاً کان ذلک المال أو قیمیاً بعد تعدیله من غیر توقف علی قاسم من جهة الإمام و لا قرعة فی البین بأن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶- من أبواب الشرکة، الحدیث ۱- ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶- من أبواب الشرکة، الحدیث ۱- ۲.

رضی کلّ منهما بعد تساوی السهام بنقل حصّته ممّا فی ید شریکه، بحصّة شریکه ممّا فی یده، و کذلک قسمة ما فی الذمم ممّا لم یکن بأیدیهما إلّا أنّه علیه السّلام أبطل قسمة الغائب. «۱»

یلاحظ علیه، بأنّ الروایات تدلّ علی صحّة قسمة الحاضر دون الغائب، و أمّا أنّه کیف کانت کیفیة قسمة الحاضر فلیست الروایات بصدد بیانها، فلا یدلّ السکوت علی عدم الاعتبار.

و الأولی الاستدلال بما مرّ من أنّ القسمة مفهوم عرفی لیس لها حقیقة شرعیة فإذا کان کذلک، فلا شکّ فی صدق القسمة، بتعدیل الحصص، و تعیینها مع الاقتران بالرضا. و یؤیّد ذلک أنّ مورد روایات القرعة هو وجود التشاح و النزاع أو مظنتهما، و المفروض فی

المقام غيره و هذا أيضاً أقوى دليل على عدم اعتبار القرعة.

لكن صاحب الجواهر استدلّ على مختاره بوجوه غير خالية عن الضعف و بسط الكلام، و لخّصه السيّد الطباطبائى فى ملحقاته و نحن نأتى بالملخّص. و من أراد التفصيل فليرجع إلى الأصل.

۱- إنّ مقتضى تعريف القسمة بأنّها تُميّز الحقوق، كون حصّة الشريك كلّى دائر بين مصاديق متعدّدة فيكون محلًا للقرعة إذ هى حينئذ لإخراج المشتبه و تعيين ما لكلّ منهما من المصداق واقعاً. فيكشف حينئذ عن كون حقّه فى الواقع ذلك.

۲- بل لو لا الإجماع أمكن أن يقال إنّ المراد من إشاعة الشركة دوران حقّ الشريك بين مصاديقه لا كون جزء يفرض مشتركاً بينهما و إلّا لأشكل فى الجزء الذى لا يتجزّى.

۳- و أشكل قسمة الوقف من الطلق لاستلزامه صيرورة بعض أجزاء الوقف طلقاً و بعض الطلق وقفاً.

---

(۱) البحرانى، الحدائق: ۲۱/ ۱۷۵۱۷۴.

۴- لزم أيضاً عدم اشتراط تعديل السهام لعدم المانع من تعويض الأقل بالأكثر مع الرضا، مع أنّ التعديل معتبر فيها، و فاقد التعديل ليس من القسمة شرعاً قطعاً. «۱»

و حاصل استدلاله: أنّ حقيقة الشركة ترجع إلى اعتبار السهام من قبيل الكلّى فى المعيّن، لا من قبيل الإشاعة حتّى يكون كلّ جزء و إن صغُر مشاعاً بين الشركاء للوجوه الثلاثة:

۱- عدم إمكان اعتبار الإشاعة، فى الجزء الذى لا يتجزّى.

۲- أشكل قسمة الوقف عن الطلق، و إلّا يلزم صيرورة بعض الوقف طلقاً و بالعكس.

۳- عدم اشتراط تعديل السهام، لافتراض كفاية الرضا.

و لكن الجميع مندفع.

أمّا الأوّل: فلأنّ إرجاع الشركة إلى الكلّى فى المعيّن مثل ما إذا باع منّا من صبرة خلاف المرتكز عند العقلاء، لأنّهم يعتبرون مال الشركة على الوجه المشاع و أنّ كلّ جزء من أجزاء المال ملك مشاع بينهم و لأجل ذلك لا يجوّزون التصرّف فى المشاع إلّا مع الاتّفاق على التصرّف، بخلاف المعتبر على نحو الكلى فى المعيّن، فانّه يجوز للبائع التصرّف فى الصبرة بالبيع و الهبة و الصلح، ما دام المقدار المزبور موجوداً، و هذا يدلّ على أنّ هنا نوعين من الاعتبار.

أمّا الثانى: فلأنّ اعتبار الشركة الإشاعية ليست مبتيّة على بطلان الجزء الذى لا يتجزّى، كما ربّما يستفاد أيضاً من كلمات المحقّق النائينى عند البحث عن قاعدة اليد. «۲» حتّى ينافى ذلك الاعتبار، مع القول بالجزء الذى لا يتجزّى بل هو

---

(۱) الجواهر: ۲۶، كتاب الشركة، ۱۳۱۰- ۳۱؛ السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۲۰، المسألة ۵.

(۲) الكاظمى، فوائد الأصول.

اعتبار عرفى فى الأشياء ذات الأفراد و الأجزاء، مع الغفلة عن وصول تقسيم الجزء إلى الحدّ الذى لا يتجزّى أحياناً و لكن يتجزّى عقلًا. فليست للمسائل الفلسفية، مدخلية لها فى الاعتبارات العرفية، بل ربّما يكون الاعتبار العرفى على خلافها مثلًا، العقل يحكم بأنّ إيجاد الطبيعة بإيجاد فرد، و إعدامها أيضاً بإعدام فرد واحد، و لكن العرف الدقيق لا يساعد حكم العقل و يحكم بأنّ عدمها بإعدام جميع أفرادها فسواء أصحّ الجزء الذى لا يتجزّى أم بطل «۱» فالملك الإشاعى، أمر معتبر عند العقلاء و إن كان ذلك الاعتبار لا يصحّ فى

الجزء الذی لا یتجزّی حسّاً.

و أمّا الثالث: فأقصی ما یستفاد من حرمة تبدیل الوقف بسبب من الأسباب هو تبدیل الوقف المفروز، بشیء مثله، کأن تبدّل داراً بدار أُخری. و أمّا تعیین الأرض الموقوفة و تحدیدها بإفرازها عن غیرها، و إن تضمّن التبدیل المذکور، فلم یدلّ علیه دلیل علی عدم صحّته، و بالجملة قول الواقف تبعاً للذکر الحکیم: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ) (البقرة/ ۱۸۱) الممضی لدی الشرع ناظر إلی التبدیل الجُذری لا مثل المقام.

و أمّا الرابع: فلا نسلّم صدق القسمة بلا تعدیل السهام و تساویها، و جواز التصرّف برضا الشرکاء لا یثبت صدق القسمة کما ذکرناه مراراً و الحقّ ما علیه المحقّق الأردبیلی و من تبعه من الأعاظم قدّس اللّه أسرارهم من عدم شرطیة القرعة فی مفهوم القسمة و عدم الحاجة إلیها إذا لم یکن هناک نزاع.

6- فی أُجرة القسّام

اشارة

القسّام تارة یکون منصوباً من الحاکم، و أُخری معیّناً أو مستأجراً من جانب الشرکاء و علی الأوّل إمّا أن تکون القسمة قسمةَ إجبار، أو قسمة اختیار.

---

(۱) لقولهم:

تفکک الرحی و نفی الدائرة و حجج أُخری لدیهم دائرة

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۰

و علی الثانی: إمّا أن یستأجره واحد منهم، أو یستأجره الجمیع دفعة فی عقد واحد، أو أن یستأجره کلُّ واحد بأُجرة معیّنة مترتّبة فلنأخذ کلّ قسم بالبحث:

الصورة الأُولی: إذا کان القسّام منصوباً

إذا کان القسّام منصوباً من الحاکم فقد اطلق المحقّق و تبعه الشهید الثانی فی شرحه و قالا: إنّ أُجرة القسّام من بیت المال المعدّ للمصالح التی منها القسمة إن لم یُرزَق منه و إلّا فلا أُجرة له لقیام ارتزاقه منه مقامها، من غیر فرق بین کون القسمة مفروضة علیهم من جانب الحاکم أو لا. نعم استثنی الشیخ صورة خاصّة و قال: «و إن لم یکن فی بیت المال مال، أو کان و کان هناک ما هو أهم کسد الثغور و تجهیز الجیوش و نحو هذا فإنّ أهل الملک یستأجرونه» «۱» و کان علیه أن یستثنی ما إذا طلبها الشرکاء من الحاکم فإنّ ظاهر الطلب استعدادُ الطالبین لدفع ما یتوقّف علیه المطلوب.

ثمّ لو افترضنا أنّ واحداً من الشرکاء طلب القسمة من الحاکم، فهل الأُجرة علیه أو علی الجمیع؟ و لم أقف علی نصّ من الأصحاب فی هذه الصورة، و إن قال المحقّق الرشتی: «بأنّ الأُجرة علی الشرکاء بلا خلاف محکیّ بین الأصحاب» و علیه أکثر فقهاء المذاهب الأربعة إلّا أبا حنیفة فخصّها بالطالب قال الخرقی فی مختصره: «و أُجرة القسمة بینهما و إن کان أحدهما الطالب لها. و بهذا قال أبو یوسف و محمّد و الشافعی، و قال أبو حنیفة: هی علی الطالب للقسمة لأنّها حقّ له. و قال ابن قدامة فی شرحه علی المختصر: «أنّ الأُجرة تجب بإفراز الأنصباء و هم فیها سواء فکانت الأُجرة علیهما کما لو تراضوا علیها». «۲»

و یمکن الاستدلال علی کونها علی الجمیع و إن طلبها واحد منهم، بانتفاع

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۵.

(۲) ابن قدامهٔ، المغنی: ۱۱/ ۵۰۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۱

الکلّ من التقسیم فتجب الأُجرهٔ علیهم.

یلاحظ علیه: بأنّ الانتفاع لا یکفی فی لزوم تحمّل الأُجرهٔ بل یحتاج إلی ضمّ صدور الإذن أو الأمر و إلّا فلا یضمن فلا.

فإن قلت: یجب علی الشریک غیر الطالب التعاون علی الإفراز مباشرهٔ أو تسبیباً و هذا یقتضی کون الأُجرهٔ علیه أیضاً.

قلت: ما هو الثابت أنّه یجب علیه رفع الید، و عدم إیجاد المانع أو المزاحم فی طریق التقسیم و أمّا التعاون فلا.

و یؤیّد ما ذکرنا ما سیوافیک من الأصحاب فی الصورهٔ الثانیهٔ أی ما إذا کان القسّام مستأجراً حیث قالوا إنّه لو استأجره واحد منهم، تکون الأُجرهٔ علیه، فما الفرق بین الاستئجار و الطلب من الحاکم فلو کان الانتفاع أو لزوم التعاون دلیلًا علی التقسیط فی مورد طلب واحد من الحاکم، فلیکن کذلک إذا استأجره واحد منهم، فیجب التقسیط مع أنّهم لم یقولوا بذلک قطّ.

الصورهٔ الثانیهٔ: إذا کان القسّام مستأجراً

إذا کان القسّام معیناً و مستأجراً من جانب الشرکاء فلها صور:

۱- إذا استأجره واحد منهم فالأُجرهٔ علیه و إن کان الآخر أو الآخرون منتفعین بعمله، إذ لیس الانتفاع دلیلًا علی التقسیم ما لم یکن هناک تصریح بها کما مرّ فی الصورهٔ المتقدّمهٔ.

۲- فإن استأجره الجمیع دفعهٔ واحدهٔ فی عقد واحد فالأُجرهٔ علیهم حسب ما قرّروه من المساواهٔ أو التفاوت، و إن أطلقوا کون الأُجرهٔ علیهم من دون إشارهٔ إلی التفاوت و المساواهٔ، فالمشهور عندنا أنّها تحسب علی حسب السهام لا الرءوس خلافاً لأبی حنیفهٔ: قال الشیخ: أُجرهٔ القاسم علی قدر الأنصباء دون الرءوس و به

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۲

قال أبو یوسف و محمّد: قالاه استحساناً و به قال الشافعی و قال أبو حنیفهٔ: هی علی قدر الرءوس. دلیلنا انّا لو راعیناها علی قدر الرءوس ربّما أفضی إلی ذهاب المال لأنّ القریهٔ یمکن أن یکون بینهما، لأحدهما عشر العشرهٔ سهم من مائهٔ سهم و الباقی للآخر و یحتاج إلی أُجرهٔ عشرهٔ دنانیر علی قسمتها فیلزم من له الأقل، نصف العشرهٔ (خمسهٔ دینار) و ربّما لا یساوی سهمه دیناراً فیذهب جمیع الملک، و هذا ضرر و القسمهٔ وضعت لإزالهٔ الضرر فلا یزال بضرر أعظم منه «۱» و قوّاه فی المبسوط و قال: و إن استأجراه بعقد واحد و أُجرهٔ واحدهٔ، کانت الأُجرهٔ عند قوم مقسَّطهٔ علی الانصباء فإذا کان لأحدهما السدسُ و الباقی للآخر کانت الأُجرهٔ کذلک و قال آخرون: الأُجرهٔ علی عدد الرءوس لا علی الأنصباء و الأوّل أقوی عندنا. «۲»

وجهه مضافاً إلی ما ذکره الشیخ أنّه یعدّ من مئونهٔ الملک فکانت حالها کحال المنفعهٔ فی توزیعها علی مقدار الملکیّهٔ و لا فرق بین المؤنهٔ و المنفعهٔ، فکما أنّ الثانیهٔ تُقَسّط علی الحصص فهکذا الأُولی.

و هناک بیان آخر و هو أنّ صاحب النصیب الأوفر ینتفع بالقسمهٔ أکثر من انتفاع صاحب النصیب الأقلّ حیث إنّ الخلوص من الشرکهٔ صفهٔ تُحدِث مالیهٔ فی الملک بالإفراز، فکلّ یدفع عوضَ ما حدث فی ماله، و ما حدث فی مال صاحب النصیب الأکثر، أزید ممّا حدث فی مال صاحب النصیب الأقل فقد وصل إلی صاحب الثلثین ثلثا الانتفاع و لصاحب الثلث، ثلثه، فلا محیص عن التقسیط نعم لو کان الانتفاع مساویاً و إن کانت الحصص مختلفهٔ فالأقوی التساوی کما فی قسمهٔ الدهن الجیّد و الردیّ إذا أخذ أحدهما مائهٔ منّ من الجید، و الآخر مائهٔ و خمسین منّاً من الردیّ، و بما أنّ الانتفاع علی وجه سواء فلا یعبأ بکثرهٔ الحصص کما لا یخفی. و لعلّ إطلاق الأصحاب منصرف عن هذه الصورهٔ.

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب القضاء، المسألة ۲۶.

(۲) الطوسی،، المبسوط: ۸/ ۱۳۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۳

۳- إذا استأجره کلّ واحد بأُجرة معیّنة علی وجه الترتّب فالظاهر من المحقّق صحّته حیث قال: «و إن استأجره کلّ واحد بأُجرة معیّنة فلا بحث» و الظاهر منه الإیجار علی وجه الترتّب بعقود، بشهادة قوله بعده و إن استأجروه فی عقد واحد ....

و ربّما یورد علی صحّة الإجارة الثانیة بأنّه إذا کانوا اثنین فیعقد واحد لإفراز نصیبه، فعلی القسّام إفراز نصیبه و تمییز کلّ واحد منهما عن الآخر، لأنّ تمیز نصیب المستأجِر لا یمکن إلّا بتمیّز نصیب الآخر فإذا استأجره بعد ذلک، الآخرُ علی تمییز نصیبه فقد استأجره علی ما وجب علیه و استحقّ فی ذمّته لغیره فلم یصحّ، و کذا لو کانوا ثلاثة، فعقد واحد لإفراز نصیبه ثمّ الثانی کذلک فعلی القسّام افراز النصیبین فإذا میّزها تمیّز الثالث فإذا عقد الثالث بعد العقدین کان قد عقد علی عمل مستحق فی ذمّة الأجیر لغیره. «۱»

و حاصل الدلیل أنّ الأُجرة فی مقابل عمل مملوک للأجیر، و لیس غیر تمیز مال الشریک الثانی شیئاً و هو ملک للشریک الأوّل الموجر.

و قال المحقّق الرشتی: إنّ تمیّز حقّ الثانی یحصل بعین تمیّز حقّ الأوّل، و المفروض أنّه مستحق علی الأجیر بمقتضی العقد الأوّل فالعقد الثانی یبقی بلا مورد لأنّ شرط صحّة الإجارة وقوعُها علی عمل مملوک غیر مستحقّ علیه ببعض أسباب الاستحقاق.

و ربّما یقرّر الإشکال بأنّ تمیّز حقّ الثانی واجب علی الأجیر مقدّمة لتمیّز حقّ الأوّل، و أخذ الأُجرة علی الواجب غیر جائز. «۲»

و لا یخفی أنّ التقریر الثانی لیس بمهم لما قرّر فی محلّه من أنّ وجوب شیء لا یمنع من أخذ الأُجرة علیه و إنّما المانع أخذ الأُجرة بعمل لیس مملوکاً له بل استحقّه

(۱) المسالک: ۲/ ۴۲۵.

(۲) المحقق الرشتی، کتاب القضاء: ۲/ ۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴

الموجر الأوّل کما فی التقریر الأوّل.

و أُجیب عن الإشکال بوجوه:

۱- إنّ الإشکال مبنی علی أنّه یجوز استقلال بعض الشرکاء باستئجار القسّام لإفراز نصیبه و لا سبیل علیه لأنّ إفراز نصیبه لا یمکن إلّا بالتصرّف فی نصیب الآخر تردّداً و تقدیراً، و لا سبیل إلیه إلّا برضاهم. «۱»

یلاحظ علیه: بأنّ الإفراز ربّما لا یتوقف علی التردّد و التقدیر، إذ ربّما یکون القسّام عارفاً بالمقسوم کعرفانه ابنه، لأنّه کان مستأجراً، أو عاملًا فی الأرض إلی غیر ذلک و عندئذ یکفی فی صحّة التقسیم و نفوذه، رضا الشریک و هو مفروض الوجود و لا یتوقّف علی العقد علی سهمه کما لا یخفی.

۲- ما أجاب به السیّد الطباطبائی من أنّه إذا اتّحد عنوان الإجارتین، لم تصحّ الثانیة کأن یستأجره کلّ منهم علی التقسیم، و أمّا إذا کان العنوان متعدّداً، صحّ کلّ منهما و إن کان العمل واحداً کأن یستأجره الأوّل علی تمییز حقّه من حقّ شریکه، و الآخر أیضاً کذلک فإنّه لا مانع منه و کذا الحال من کلّ ما کان من هذا القبیل، کأن یستأجره أحد للمشی إلی مکّة للحجّ و یستأجره الآخر للمشی إلیه للخدمة هکذا. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ تعدّد العنوان إنّما یجدی إذا کان هناک عملان متمایزان، کما فی المثالین المذکورین فإنّ المستأجر علیه هناک هو

الزیارهٔ و الخدمهٔ، و المشـی مقدّمهٔ و لو قام بهما بلا مشی لسقط أیضاً هذا بخلاف المقام فإنّ العنوانین یتحقّقان بعمل واحد، و الإجارهٔ الأُولی یتضـمّن تحقق العنوان الثانی شاء أم لم یشأ فیکون أخـذه الأُجرهٔ فی مقابله أکل المال بالباطل، حیث أخذ منه الأُجرهٔ و لم یدفع إلیه شیئاً، و ما دفع إلیه من تمییز حقّه فإنّما هو من آثار الإجارهٔ الأُولی.

---

(۱) المحقق الرشتی، کتاب القضاء: ۲/ ۵۵.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۲۱۹– ۲۲۰.

و بما ذکرناه یظهر عـدم صـحّهٔ النقض بما إذا آجر نفسه لبیع مال زیـد و آجر ثانیاً لشـرائه منه لآخر فیأخذ الأُجرهٔ من الطرفین، و ذلک لأنّ القبول غیر داخل فی ماهیهٔ البیع و کأنّه آجر نفسه للإیجاب من جانب صاحب المال، و القبول من جانب المشتری.

۳- إنّ العمل ینتفع به اثنان.

یلاحظ علیه: أنّ الانتفاع لا یُصـحّح الإجارهٔ الثانیهٔ و أقصی ما یقتضیه تقسیط الأُجرهٔ الأُولی بینهما، لا تصحیح وقوع إجارتین علی عمل واحد.

الثانی: فی أحکام المقسوم

اشارهٔ

قال المحقق: إذا کان المقسوم مثلیّاً و طلب الشریک القسمهٔ، تجب علی الآخر إجابته و إلّا یجبر علیها.

توضـیح ذلک: انّ المقسوم إمّا مثلیّ أو قیمیّ و الأوّل عبارهٔ عمّا تتساوی أجزاؤه وصـفاً و قیمهٔ کالحبوب و الأراضی و بما أنّ الأوانی و الأقمشـهٔ کانت عنـد القدماء من القیمیات عُرّف المثلی بما عرفت و لما صارتا الیوم بفضل الحضارهٔ الصـناعیهٔ من المثلیات یلزم عطف «أفراده» علی «أجزائه» لیشـمل التعریف علیهما فیصـیر المثلی ما تتساوی أجزاؤه أو أفراده وصـفاً و قیمهٔ، و أمّا الثانی أی القیمیّ فسیأتی الکلام فیه فی المستقبل. و علی کلّ تقدیر فقد أفتی المشهور بجواز الجبر علی القسمهٔ إذا لم یظهر الرضا. و إلیک دراسهٔ المسألهٔ.

یمکن أن یقال: مقتضـی القاعدهٔ الأُولی هو اشتراط الرضا و عدم جواز الجبر لأنّ التقسـیم یستلزم التصرف فی سهم الشریک و لا أقلّ من إخراجه عن المشاع إلی الإفراز و هو لا ینفکّ عن مبادلهٔ نصف کلّ جزء یقع فی ید الطالب، مع نصف کلّ جزء یترک للشـریک، و هو تصرّف فی مال الغیر بغیر إذنه مع أنّه لا یحلّ

مال امرئ إلّا بطیب نفسه.

و اسـتدل القائـل بالجواز مع عـدم الرضا کالشـیخ فی المبسوط و المحقّق فی الشـرائع بقاعـدهٔ السـلطنهٔ قال الأوّل: «إذا لم تکن القسـمهٔ مضـرّاً لواحد من الشـرکاء یُجبر الممتنع منهم علیها، لأنّ من کان له ملک، کان له أن یتسبّب إلی ما یفیده الانتفاع الکامل، و التصرّف التامّ فیه، فإذا أفرزه ملک الانتفاع بغراس و زرع و بناء ما شاء من غیر توقف و لا منازع و إن کان حقّه مشاعاً لم یملک هذا. «۱» و قال المحقّق: «یجبر الممتنع مع مطالبهٔ الشریک بالقسمهٔ لأنّ الإنسان له ولایهٔ الانتفاع بماله و الانفراد أکمل نفعاً». «۲»

فـإن قلت: إنّ قاعـدهٔ السـلطنهٔ قاصـرهٔ فی المقـام، لأـنّ مفادهـا هو التسـلّط علی المال مع حفظ الموضوع أی المال المشاع، فمع حفظه، یجوز له التصـرّف فیه کیفمـا شـاء من بیع و هبـهٔ و وقف و غیره، و أمّـا له السـلطنهٔ علی قلب الموضوع و تبـدیله إلی الإفـراز، فلا تعمّه القاعدهٔ.

قلت: الظاهر إنّ الموضوع هو المال و الإشاعهٔ و الإفراز من طوارئ المال و عوارضه، فإذاً له التصرّف بإقامهٔ طارئ مکان طارئ آخر.

و علی هـذا یقع التعارض بین الـدلیلین و کلاهما دلیلان اجتهادیان، و لکن الحقّ کون المقام من مصادیق القاعـدهٔ الثانیهٔ، و ذلک لأنّ المتبادر من التصـرّف المتوقّف علی حلیّهٔ المالک، هو التصـرّف بالإتلاف کالبیع و الهبهٔ و الأکل و الشرب. و أمّا إفراز سهمه عن سهم الشـریک مع عدم تضـرّره به، فلا یشـمله النبوی الأوّل، و حقیقهٔ الإفراز و إن کان لا ینفکّ عن مبادلهٔ نصف ما أخذ، بنصف ما ترک، لکنّه تصـرّف عقلی بل العرف یتلقاه تمیز أحـد الملکین عن الآخر، لا التصـرّف فی ملک الغیر فعلی القول بانصـراف النبوی الأوّل عن مثل هذا التصرّف یکون المقام من مصادیق قاعدهٔ السلطنهٔ.

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۵.

(۲) الشرائع: ۴/ ۱۰۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۷

و ربّما یستدل علی جواز الجبر علی القسـمهٔ بقاعدهٔ لا ضـرر، فإنّ المنع عنها ضـرر علی الطالب و ربّما یورد علیه، بأنّه منع عن حصول النفع الزائد و لو کان هنا ضرر فإنّما هو من لوازم کونه مشاعاً.

یلاحـظ علیه: بـأنّ الضـرر من المفاهیم العرفیـهٔ، و لا یشکّ فیمن راجع وجـدانه، أو إلی العرف أنّه یُعَـدُّ مثل هـذا المنع و إیجاب إبقاء الشـرکهٔ، حکمـاً ضـرریاً و کونه من لوازم کون مـاله مشاعاً، لا یکون دلیلًا علی منعه من رفع هـذا اللازم، فالضـرر حـدوثاً متوجّه إلی نفس المال و کونه مشاعاً، و لکنّه بقاءً متوجّه إلی الإلزام بإبقاء الشرکهٔ.

ثمّ إنّ القسمهٔ لمّا کانت أصلًا برأسها، لا یجری فیها الربا المعاوضی فله أن یقسّم کیلًا و وزناً متساویاً و متفاضلًا، ربویّاً کان أم غیره لأنّ القسـمهٔ تمیّز ملـک لا بیع و علی ذلک یجوز تقسـیم الحنطـهٔ و الـدهن و غیرهما متفاضـلًا فیجعل طنّ من الحنطـهٔ الجیـدهٔ مقابل طنّ و نصف من غیرها ثمّ یقرع. و لا یضرّ التفاضل. و هذا من ثمرات کونها أمراً مستقلًا لا بیعاً فی مورد العین و إجارهٔ فی مورد الانتفاع بها.

إذا کان المقسوم قیمیّاً

إذا کان المقسوم قیمیّاً و طلب أحد الشرکاء القسمهَ فلها حالات ثلاث: إمّا أن یستضرّ الکلّ أو یستضرّ البعض أو لا یستضرّ أحدهم.

أمّـا الأوّل: فلا یجبر الممتنع کالمجوهرات و الطرق الضـیّقهٔ التی یتوقّف قسـمتها علی کسـرها أو تضـیق الطریق و کلاهما ضـرر إلّا إذا رضی الجمیع فتجوز القسمهٔ إلّا إذا أدّت إلی عمل سفهی مخرِج للمقسوم عن المالیّهٔ فلا یجوز لکونه تضییعاً للمال.

أمّا الثانی: فإن کان الملتمس هو المتضرّر لقلّهٔ نصیبه، أجبر من لا یتضرّر، علی

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۸

القسـمهٔ، لانّ المانع هو الضـرر، و المفروض رضا المتضـرّر لکن بشـرط أن لا تؤدّی القسـمهُ إلی خروج المقسوم عن المالیّهٔ لصـیرورهٔ التقسیم عندئذ سفهیّاً و أمّا إذا کان الملتمس غیره لم یجبر الآخر لقاعدهٔ نفی الضرر و الضرار.

ثمّ المراد من الضـرر، هل هو عدم الانتفاع بالنصـیب أصـلًا بعد القسمهٔ، أو عدم الانتفاع مثل ما ینتفع حال الشرکهٔ، کالدار الصغیرهٔ بعد التقسیم، أو نقصان القیمهٔ مطلقاً سواء کان فاحشاً أم لا أو علی الوجه الفاحش وجوه أربعهٔ، لا دلیل علی إناطهٔ الحکم بالأُولی أی بلوغ الضـرر إلی حـدّ لاـ ینتفع بالمقسوم أصلًا کما لا وجه لکفایـهٔ مطلق النقصان فإنّ التقسـیم إلّا إذا کان بالإفراز فقط یورث النقصان و لو قلیلـا فیـدور الأـمر بین الثـانی و الرابع و الظاهر هو الأخیر، لأنّ الضـرر لو کان غیر فاحش لا یعـدّ ضـرراً فی المال المشترک، لأنّ قبول الشرکهٔ فی المال، قبول لتوالیها و منه الضرر المتولّد من التقسیم.

و أمّا الثالث: فالتقسیم جائز بل واجب إذا طلب أحد الشرکاء.

الضابطهٔ فی جواز التقسیم

إنّ التقسیم لا ینفکّ عن أحد الأُمور الأربعهٔ:

۱- الضرر ۲- الردّ ۳- التعدیل ۴- الإفراز وحده

أمّا الأوّل فلا یجبر المتضرّر علی التقسیم لما تبیّن من الدلیل إلّا إذا کان الطالب هو المتضرّر.

و أمّا الثانی بأن یکون مستلزماً للردّ فلا یُجبر لأنّ التقسیم هو إفراز المال و المفروض أنّه غیر ممکن إلّا بمعاوضهٔ جدیدهٔ و هو فرع رضا الطرفین. و علی هذا، ینقسم التقسیم إلی قسمین:

۱- قسمهُ اجبار إذا لم یستلزم ضرراً و لا ردّاً.

۲- قسمهُ تراض إذا استلزم أحدَهما.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۹

و أمّا الثالث، أی تعدیل السهام، فلا یشترط الرضا به، لأنّ القسمهٔ لا تتحقق إلّا بالتعدیل ففیما إذا ساوی ألف متر من الأرض، من حیث القیمهٔ مع ألف و خمسمائهٔ متر منها، فلا محیص عن التعدیل و أمّا الرابع فهو أسهل صور التقسیم الذی لا یطلب شرطاً سوی طلب واحد من الشرکاء، القسمهٔ فظهر أنّ التقسیم المستلزم للضرر و الردّ، یحتاج إلی الرضا دون التقسیم المتوقّف علی التعدیل و الإفراز.

هذا هو المستفاد من کلام المحقّق و شرّاح کلامه و لکن الحقّ أنّ الثلاثهٔ الأخیرهٔ (الردّ، و التعدیل، و الإفراز) علی وزان واحد، فکما أنّ الأخیرین لا یطلبان سوی رضا الطالب و هکذا الردّ، لانّه لیس معاملهٔ جدیدهٔ بل عمل إعدادی لجعل غیر المرغوب، عدلًا للمرغوب، حتّی یتحقق التقسیم، بحیث لو لا ذلک لامتنع التقسیم العدْل و بالجملهٔ کما أنّ التعدیل لیس عملًا زائداً علی التقسیم و إنّما هو تمهید لکون المتاع قابلًا للقسمهٔ فهکذا الردّ لیس عملًا زائداً علی التقسیم، بل عمل إعدادی لورود التقسیم علی المتاع، فهو جزء من القسمهٔ بوجه دقیق لا شیء زائد علیها. و سیعود المحقّق قدس سره إلی الموضوع فی نهایهٔ المطاف.

إذا سألا القسمهٔ و لهما بیّنهٔ بالملک أو ید علیه

إذا کان لرجلین بیّنهٔ علی أنّ العین ملکهما و قالا للحاکم قسّم بیننا قسّمه بلا خلاف و إن لم تکن لهما بیّنهٔ و کان لهما ید علیها یقسّم لأنّ الید أمارهٔ الملک، کما قرر فی محلّه و لا خلاف بیّناً، إنّما الاختلاف بین فقهاء أهل السنهٔ فإنّ الشیخ فی الخلاف بعد الإفتاء بجواز القسمهٔ قال: و به قال أبو یوسف و محمّد، و سواء کان ذلک ممّا ینقل و یحوَّل، أو لا یحول و لا ینقل و سواء قالا هو ملکهما، إرثاً أو غیر إرث و للشافعی فیه قولان أحدهما مثلما قلناه و هو أصحهما عنده و الثانی لا یقسّم بینهما و قال أبو حنیفهٔ: إن کان بما ینقل و یقول قسّمه بینهما و إن کان ممّا لا ینقل

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۰

نظرت فان قالا: هو میراث بیننا لم یُقسّم و إن قالا غیر میراث قسّم بینها. «۱»

و لا یذهب أنّ التفصیل المنقول عن أبی حنیفهٔ لا یعتمد علی دلیل و الأمر دائر بین الجواز و عدمه و قد عرفت أنّ الأقوی هو الجواز.

الثالث: فی کیفیهٔ القسمهٔ

إنّ المقسوم لا یخلو من أحوال و قد ذکر المحقّق فی المقام صوراً أربع:

اشارهٔ

الأُولی: ما إذا کانت السهام متساویهٔ قدراً و قیمهٔ.

الثانیهٔ: ما إذا کانت السهام متساویهٔ قدراً لا قیمهٔ.

الثالثة: ما إذا کانت السهام متساویة قیمة لا قدراً.

الرابعة: ما إذا اختلفت السهام قدراً و قیمة.

ثمّ بیّن کیفیة التقسیم فی جمیع الصور و نحن نذکرها بشرح موجز ربّما یکون مُعِیناً لحلّ بعض الأغلاق الموجود فی عبارة الشرائع.

الصورة الأُولی: إذا تساوت السهام قدراً و قیمة

اشارة

کأرض بمقدار ألف متر، قیمة کلّ متر دینار، و هی مشترکة بین اثنین حصّة کلّ واحد منهما خمسمائة متر، و قیمة کلّ حصة خمسمائة، فهذا لا یحتاج إلی التعدیل لأنّها معدّلة بذاتها و هی قسمة الإفراز وحده و بالجملة إذا کانت الأرض متساویة قدراً و قیمة و مشترکة بین الاثنین بالمناصفة یقسّمه القاسم إلی قسمین و یخرج سهم کلّ شریک بإحدی الطریقتین التالیتین:

أ: الإخراج علی الأسماء

: و المراد من الإخراج علی الأسماء فی المقام هو أن یکتب کلّ نصیب فی رقعة کالشمالیة و الجنوبیة و یحدّد کلّ منهما بما یمیّزه عن الآخر من انّه محدَّد بدارِ فلان أو شارع خاص أو غیر ذلک. ثمّ یجعل ذلک فی ساتر

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب القضاء، المسألة ۳۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱

کالشمع و الطین و یأمر من لم یطلع علی الصورة کالأجنبی أو الصبی أو نفس أحد المتقاسمین أن یخرج أحد النصیبین باسم أحد المتقاسمین کأن یقول القاسم أخرج الرقعة باسم زید، فإذا خرج و کان الخارج هو الشمالیة یتملّکها زید و تصیر الأُخری لعمرو بلا حاجة إلی إخراج الرقعة الثانیة لأنّ الحقّ منحصر بینهما، فإذا خرجت إحدی الرقعتین باسم أحدهما تتعین الأُخری للشریک الآخر.

ب: الإخراج علی السهام:

و المراد منه فی المقام أن یکتب اسم کلّ شریک منها فی رقعة کأن یکتب زید و عمرو و یصونهما من الرؤیة ثمّ یأمر بالأجنبی أو الصبی أن یُخرِجَ اسمَ أحد الشریکین علی سهم من السهمین کأن یقول القاسم أخرج القرعة لهذا الجانب کالجنوبیة، فمن خرج اسمه علی سهم من السهمین فله ذلک السهم و یتعیّن السهم الآخر للشریک الآخر.

فقد علم من ذلک أنّ الإخراجَ علی الأسماء یهدف إلی کتابة السهام فی رُقَع معیّنة ثمّ إخراجها علی اسم واحد من الشرکاء، کما أنّ الإخراج علی السهام یهدف إلی کتابة اسم الشریکین و إخراج واحد من الرقعتین علی السهم الذی عیّنه القاسم.

الصورة الثانیة: إذا تساوت السهام قدراً لا قیمة

، فبما أنّ التعدیل فی القیمة ربّما یتوقف علی محاسبة مائة متر، سهماً و محاسبة مائة و خمسین متراً، سهماً ثانیاً، لا محیص عن إلغاء القدر و یکون المحور فی تسهیم السهام، هو حفظ القیمة. و إلّا لم تتحقق القسمة و لذلک ربّما یکون الثلثان من الأرض مساویاً للثلث منها فی القیمة، فإذا کانت الشرکة قائمة باثنین، فتارة یخرج السهام علی الأسماء أی یکتب کلّ سهم بمشخّصاته الخارجیة من کونه جنوبیاً أو شمالیاً أو متّصلًا بدار أو شارع فی رقع و یؤمر من لم یکن واقفاً علی الحقیقة أن یُخرج أحد السهمین علی اسم أحد الشرکاء، فإذا خرج واحد منهما باسم زید یتعین الثانی للآخر، و أُخری یخرج اسم أحد الشریکین علی السهام و المراد منه کتابة اسم کلّ شریک فی رقعة و صیانتها

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۲

عن الرؤية ثمّ يؤمر بمن لم يقف على الواقع أن يخرج واحداً من الاسمين على واحد معيّن من السهمين كالجنوبية التى يعينها القاسم قبل إخراج القرعة و يقول الجنوبية لمن يخرج اسمه عن طريق القرعة.

و بالجملة تارة تكتب السهام و تجعل فى الكيس و تخرج على اسم الشركاء، و أُخرى تكتب أسماء الشركاء و تجعل فى الكيس و يخرج على السهام و يقال على الأوّل إخراج السهام على الشركاء، و على الثانى، إخراج الأسماء على السهام و التميّز بين القسمين مربوط بالمكتوب فإن كتب السهام، فيخرج على الأسماء غير المكتوبة، و إن كتبت الأسماء، فيخرج على السهام غير المكتوبة.

الصورة الثالثة: إذا تساوت السهام قيمة لا قدراً

، مثل أن يكون لواحد النصف و للآخر الثلث «۱»، و للآخر السدس، و بما أنّ القيمة متساوية فلا تحتاج إلى التعديل من حيث القيمة و إنّما تحتاج إلى التعديل من حيث القدر و لذلك يبدأ بالأعمال التالية:

۱- يسوّى السهام على أقلّهم نصيباً فيجعل فى المال سدساً كما يجعل فيه ثلثاً و نصفاً.

۲- إذا أردنا أن نكتب أسماء الشركاء، فهناك احتمالان، أحدهما أن يكتب اسم كلّ شريك مرّة واحدة، كزيد صاحب النصف مرّة، و عمرو صاحب الثلث مرّة أُخرى، و مثله «بكر» صاحب السدس.

و ربّما يقال إنّه يكتب عدد الشركاء حسب عدد سهامهم فصاحب النصف يكتب ثلاث مرات، و صاحب الثلث يكتب مرّتين، لأنّه إذا كتب مرّات كان خروج رقعته أسرع، و إذا كتب مرّة يكون كصاحب السدس.

يلاحظ عليه: أنّه لا حاجة إليه، لأنّه إذا خرج اسم زيد مرّة واحدة يدفع

---

(۱) و قد سقطت كلمة الثلث من كتاب الشرائع المطبوع أخيراً فى أربعة أجزاء.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۳

إليه السهمين الأخيرين مرّة واحدة من دون حاجة إلى خروج اسمه ثانياً و ثالثاً و لذلك يكون التكرار لغواً و كلفة.

و على ذلك يكتب اسم كلّ شريك فى رقعة و تكون مستورة عن المُخرِج ثمّ يؤمر بالإخراج فإن خرج اسم زيد تدفع إليه السهام الثلاث من أوّلها، ثمّ إذا خرج اسم عمرو يدفع إليه الرابع و الخامس ويتعيّن السادس لصاحب السدس، و لو خرج اسم عمرو أوّلًا ثمّ زيد ثانياً يتعيّن السهمان الأوّلان لعمرو و يكون الثالث و الرابع و الخامس لزيد ويتعيّن السادس، لبكر و لو خرج اسم بكر يأخذ السهم الأوّل و تتوقف كيفية تملك السهام الباقية على كيفية الخروج فإن خرج اسم زيد فهو و إلّا فيتملّكه عمرو.

هذا هو الذى ذكره المحقق مبسوطاً و لا سترة فيه و لكن الكلام فى الشق الذى نفاه و هو كتابة السهام و إخراجها على الأسماء حيث منع منه مخافة أن يؤدّى إلى تفرّق السهام و هو ضرر، توضيحه:

إنّ السهام فى هذا المقام مؤثرة و معلّمة، فبما أنّ عدد السهام ستّة يكون فى الكيس ستّة سهام كلّ معلم بالأرقام التالية ۱-، ۲، ۳-، ۴-، ۵-، ۶-، فإذا خرج السهم الأوّل لزيد أيضاً فإن خرج الثانى و الثالث له لا يؤدى إلى التفرّق فى السهام و هذا بخلاف ما إذا خرجت السهم الثانى و الرابع و الخامس فإنّه يؤدى إلى التفرّق فيها، و هكذا الأمر إذا خرج السهام لعمرو فإن خرج به الأوّل و الثانى أو الثالث و الرابع فلا يؤدّى إلى التفريق، و هذا بخلاف ما إذا خرج باسمه فى المرّة الأُولى الرابع و فى المرة الثانية السادس.

و الفرق بين هذه الصورة و الصورتين الأُوليين حيث يجرى فيهما كلا الأمرين دون المقام هو اتّحاد الأُولى و الثانية من حيث القدر فلا يحتاج فى تخصيص الحصص إلى ذكر السهام معدّداً بل يكفى ذكرهما بصورة «السهم الجنوبى» أو «الشمالى»، بخلاف المقام فإنّ الاختلاف فى القدر أوجب ذكر أرقام السهام واحداً بعد الآخر

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۴

ممیّزاً.

و الحاصل أنّ الذی یمکن فی المقام هو أن یکتب أسماء الشرکاء علی الرقاع ثمّ یخرج کلّ اسم علی السهام المحدّدة، و لا یمکن أن تکتب السهام فی الرقاع ثمّ یخرج علی أسماء الشرکاء لکونه ربّما یؤدی إلی تفرّق السهام.

و مع ذلک یمکن کتابة السهام و إخراجها علی الشرکاء بوجه آخر، و هی الاکتفاء بثلاث حسب أنصباءهم حال التقسیم فیکتب، و، فلو خرج الأوّل، دفع إلی صاحبه من السهام المترتبة أوّلها، أو من آخرها و لو خرج الثانی، یدفع إلی صاحبه کذلک و هکذا الثالث و لا یلزم التفکیک.

و لیعلم أنّ المقارعة أمر عقلائی و هم أعرف بأعمالهم و لعلّ لهم فی المقام صورة أو صوراً أُخری لم یذکرها المحقّق و لا دلیل علی اعتبار صورة خاصة کما لا دلیل علی بعض ما ذکره المحقق فی کیفیة الإقراع.

الصورة الرابعة: إذا اختلفت السهام و القیمة

، عُدّلت السهام تقویماً و مُیّزت علی قدر سهم أقلّهم نصیباً و أقرع علیها. و فی الحقیقة هذا القسم یترکّب من الخصوصیتین، إحداهما من الصورة الثانیة و هو الاختلاف فی القیمة، و ثانیتهما من الثالثة و هو الاختلاف فی القدر، فیجری فیه حکم القسمین، فتعدیل السهام حسب القیم، من خصوصیات الصورة الثانیة لکن کانت السهام فیها متساویة من حیث المقدار دون المقام، و إخراج أسماء الشرکاء علی السهام من خصوصیات الصورة الثالثة و یخرج الأسماء علی السهام لئلّا یؤدّی إلی التفرّق فی السهام علی النحو الذی سمعته عند البحث فی الصورة الثالثة.

فی قسمة الردّ و قسمة التعدیل

قد عرفت أنّ القسمة تتحقق إمّا بالإفراز وحده و أُخری بالتعدیل، و ثالثة بالردّ، و رابعة بالضرر، و قد تبیّن حکم القسم الرابع و أنّه لا یجبر علیها فیه، کما أنّه

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۵

یجبر علیها فی الأوّل، إنّما الکلام فی القسمة المشتملة علی التعدیل أی تعدیل السهام بالزیادة و النقصان حتّی یسوی السهام حسب القیمة لأجل وجود المرغوبیة فی موضع دون موضع، و القسمة المشتملة علی الردّ کالأرض المنقسمة إلی ما فیها شجر و ما لیس فیها شجر، مع تساوی أرضهما و قد قدّمنا الکلام فیه سابقاً تبعاً و قلنا بجواز الإجبار، و لکن المحقق عاد إلی البحث عنهما فی المقام و قال: أمّا لو کانت قسمة ردّ و هی المفتقرة إلی ردّ فی مقابلة بناء أو شجر أو بئر فلا تصحّ القسمة فیه ما لم یتراضیا جمیعاً لما یتضمّن من الضمیمة التی لا تستقرّ إلّا بالتراضی.

و إنّما الکلام فیما إذا اتّفقا علی الردّ و عدّلت السهام فهل تلزم بنفس القرعة قیل لا یلزم لأنّها تتضمّن معاوضة و لا یعلم کلّ واحد من یحصل له العوض فیفتقر إلی الرضا بعد العلم بما میّزته القرعة.

یلاحظ علیه: أمّا قسمة الردّ فقد تقدّم منّا أنّ الردّ لیس معاوضة جدیدة بل هو لتعدیل السهام فکما أنّ التعدیل فی الأراضی بجعل ثلث الأرض سهماً و الثلثین سهماً آخر لا یعدّ أمراً جدیداً بل تمهیداً للتقسیم فهکذا الردّ فإذا انحصر التقسیم بالردّ فالحقّ جواز الإجبار.

ثمّ إذا اتّفقا علی الردّ و عدّلت السهام فلا شکّ أنّ القرعة مُلزمة لأنّها حسب ما یستفاد من الروایات المتضافرة من أنّ من أصابته القرعة فهی له فإذا أصاب زیداً فمعنی ذلک أنّ حقّه یتعیّن فیما أصاب و لا معنی للزوم رضاً جدید. بعد کون القرعة مبنیاً علی الشرط السابق.

مسائل ثلاث

اشارة

لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتَها فلها أقسام:

الأُولى: أن يطلب التقسيمَ على أن يكون لكلّ واحد منهما نصيب من العِلو و السفل بموجب التعديل

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۶

كالبنايات التى لكلّ طابق منها، شقّتان أو عدة شقق فيجبر الممتنع مع انتفاء الضرر إذ التقسيم تقسيم بالإفراز لكنّه مشروط بعدم نقصان أبعاض العلْو و السفْل بالتقسيم لسعتهما كثيراً.

۲- أن يطلب انفراده بالسفل أو العلو فلا يجبر الممتنع إذ مضافاً إلى أنّه يتوقّف على معاوضة سهمه فى السفل بسهمه فى العلو يستلزم حرمان السفل من الهواء، و العلو من القرار، فمع إمكان الطريق الأوّل، لا تصل النوبة إلى الطريق الثانى، و ربّما يتصوّر أنّ وجه تقديم الأوّل على الثانى أنّ التقسيم على الأوّل إفرازى و على الثانى تعديلى، و مع إمكان الأوّل لا تصل النوبة إلى الثانى.

يلاحظ عليه: أنّ المحقق ذكر فى صورة المسألة قوله: «بموجب التعديل» فكلتاهما لا تخلوان عن التعديل بل الوجه هو أنّ الشريك ربّما لا يرضى بمعاوضة سهمه فى العلو بسهمه فى السفل نعم لو امتنع التقسيم على الوجه الأوّل كما إذا كان لكلّ طابق شقّة واحدة ينحصر التقسيم على الوجه الثانى.

۳- أن يطلب تقسيم كلّ من السفل و العلو انفراداً و الفرق بينه و بين الأوّل أنّ التقسيم هناك كان على حسب المجموع فربّما يتوقّف على التعديل بخلافها فى المقام، لأنّه يلاحظ كلّ من السفل و العلو على حدّة، فلا يجبر لأنّه ليس العلو و السفل كالبيتين المتجاورين حتّى يقسم كلّ على حده.

۴- لو طلب قسمة واحد منها، لا كلّ واحد منهما لم يجبر لأنّ الهدف من القسمة، التميز و إزالة الشركة و هى بعدُ باقية، أضف إلى ذلك أنّه ربّما يؤدى فى المستقبل أن يكون العلو من جانب، و السفل من جانب آخر لواحد و عكسه لواحد آخر و هو يحتاج إلى تراض و ليس هو قسمة رائجة بين العقلاء.

و اعلم أنّ الكلام فى هذه الصور فى جواز الإجبار و عدمه، لا القسمة مع التراضى و إلّا تجوز القسمة فى الجميع.

الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض فقط أجبر الممتنع

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۷

لأنّ الزرع كالمتاع فى الدار يحاسب كلّ مستقلًا.

و لو طلب قسمة الزرع. نقل المحقق عن الشيخ أنّه قال: لو طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأنّ تعديل الزرع بالسهام غير ممكن.

أقول: إنّ الشيخ ذكر للمسألة صوراً ثلاث و قد ذكر منها المحقق صورتين و لم يذكر الثالثة و إليك كلامه بشكل موجز:

فإن طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها على أىّ صفة كان الزرع حبّاً أو قصيلًا أو سنبلًا قد اشتدّ لأنّ الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار.

و إن طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه لأنّ تعديل الزرع بالسهام لا يمكن.

و إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من أحوال ثلاثة: حبّاً مستتراً أو قصيلًا، أو زرعاً اشتدّ سنبله و قوى حبّه. «۱»

تری أنّ الأحوال الثلاثهٔ ذکرها الشیخ فی الصورهٔ الثالثهٔ دون الثانیهٔ و لکن ذکرها المحقّق فی الثانیهٔ. «۲»

و علی کلّ تقدیر: فالزرع غیر مانع من تقسیم الأرض کما أفاده الشیخ فیجبر، إنّما الإشکال فی تقسیم الزرع منفکّاً عن الأرض فقال الشیخ: لا یجبر لأنّ تعدیل الزرع بالسهام لا یمکن.

و الحقّ التفصیل بین ما کان مستوراً فلا یُقسم لجهالته، و ما إذا کان ظاهراً من غیر فرق بین کونه قصیلًا أو سنبلًا اشتدّت حبّته، غایهٔ الأمر یقسّم بالتعدیل لو احتاج إلیه.

الثالثهٔ: لو کان بینهما قرحان متعدّدهٔ کالدور أو الأراضی أو البساتین المتعدّدهٔ.

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۱.

(۲) الشرائع: ۴/ ۱۰۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۸

قال الشیخ: و متی کان لهما ملک أقرحهٔ، کلّ قراح منفرد عن صاحبه، و لکلّ واحد منهما طریق ینفرد به، فطلب أحدهما قسمهَ کلّ قراح علی حدّته و قال الآخر لا بل بعضها فی بعض کالقراح الواحد قسّمنا کلّ قراح علی حدّته و لم یُقسَّم بعضها فی بعض سواء کان الجنس واحداً مثل إن کان الکلّ نخلًا أو الکلّ کرماً، أو أجناساً مختلفهٔ، الباب واحد، و سواء کانت متجاورهٔ أو متفرّقهٔ و کذلک الدور و المنازل. «۱»

و الحاصل أنّه إذا طلب بصورهٔ القسمهٔ الإفرازیهٔ، کأن یقسّم کلّ بانفراده، فیجبر و إن طلب بصورهٔ التبدیل و جعل بعضها فی مقابل فلا و ذلک لأنّها أملاک متعدّدهٔ لکلّ حکمه.

و ذهب صاحب الجواهر إلی جواز الإجبار قائلًا بأنّ قاعدهٔ وجوب إیصال الحقّ إلی مستحقّه مع التمکّن منه و عدم الضرر تقتضی الإجبار.

إنّ ما ذکره صاحب الجواهر لو صحّ فإنّما یصحّ إذا کانت الأقرحهٔ متجاورهٔ و إن کانت الطریق أو سند المالکیّهٔ متعدّدهٔ، و أمّا إذا کانت متباعدهٔ فلا، ثمّ إنّ الاکتفاء بعدم الضرر إذا کانت متجاورهٔ فی جواز الإجبار لا یخلو من کلام لأنّ الشریک لا تطیب نفسه بالمبادلهٔ، أی بمبادلهٔ سهمه فی ذلک البستان، مع سهمه فی بستان آخر، و مرجع ذلک إلی تقدیم القسمهٔ الإفرازیهٔ علی القسمهٔ التعدیلیهٔ. اللّهمّ إلّا إذا کانت القسمهٔ علی الصورهٔ الإفرازیهٔ مضرّهٔ لأجل کون الأرض صغیرهٔ.

نعم لو لم تمکّن القسمهٔ علی النحو الأوّل کالدواب و الثیاب فیتعیّن النحو الثانی.

ثمّ إنّ الأرض تقسّم قسمهٔ إفرازیهٔ و إن اختلفت أشجار أقطاعه کالدار الواسعهٔ إذا اختلفت أبنیتها لأنّ الأصل هو الملک و الأشجار و الأبنیهٔ توابع لکنّه تعدل السهام بالتعدیل أو بردّ شیء.

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۹

الرابع: فی اللواحق و هی ثلاث

الأُولی: إذا ادّعی بعد القسمهٔ الغلط علیه

قال الشیخ: إذا ادّعی أحد المتقاسمین أنّه غَلط علیه فی القسمهٔ فإن کانت قسمهٔ إجبار و قد نصب الحاکم قاسماً یُقسّم بینهما لم یقبل

دعواه، لأنّ القاسم أمين أوّلًا و لأنّ الظاهر أنّها وقعت على الصحّة فلا يقبل قول من ادّعى الفساد. «۱»

انّ مقتضى القاعدة هو توجّه اليمين على من أنكر ما لم يقم المدّعى البيّنة فإذا أقام، يحكم بفساد القسمة، إنّما الكلام فى كيفية حلفه فهل يحلف على الوجه البتّى، أو يحلف على عدم العلم؟ قد تقدّم منّا أنّ كيفيّة الحلف تتبع كيفية الادّعاء فإن ادّعى عليه العلم بالغلط، يحلف على عدمه، و له أن يحلف حلفاً بتّياً إذا كان عالماً واقعاً بعدم الغلط إذا كان الحالف هو القاسم لأنّ الإنسان على فعله بصيرة و لو استحلف الشريك فهو تارة يحلف على النحو البتّى، و أُخرى على نحو عدم العلم حسب ما ادّعى عليه.

الثانية: إذا ظهر البعض مستحقّاً للغير بعد التقسيم

و قد ذكره الشيخ فى المبسوط بتفصيل و لخّصه المحقّق فى أربع صور:

۱- إذا اقتسما ثمّ ظهر البعض مستحقّاً للغير فى أحد الطرفين دون الآخر كما إذا اقتسما عشرة كتب على أنّ خمسة منها لهذا و خمسة أُخرى لذاك فظهر أحد الكتب مستحقّاً للغير فصار لواحد أربعة كتب و للآخر، خمسة قال المحقق: بطلت القسمة معلّلا ببقاء الشركة فى النصيب الآخر و قال الشيخ: فإن كان معيّناً نظرت فإن حصل فى سهم أحدهما بطلت القسمة لأنّ الإشاعة عادت إلى حقّ شريكه و ذلك لأنّ القسمة تراد لإفراز حقّه عن حقّ شريكه فإذا كان بعض ما حصل له مستحقّاً للغير كان حقّه باقياً فى حقّ شريكه. ۲

---

(۱) ۱ و ۲ الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۱- ۱۴۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰

يلاحظ عليه: أنّ للمسألة صورتين يوجب ظهوره مستحقّاً للغير فى احداهما بطلان التقسيم من رأس، و أُخرى يوجب البطلان فى المقدار الخاص و ذلك لأنّه إذا بان ما فى يد الآخر كلّه مستحقاً للغير، فتبطل القسمة و يعود ما فى يد الآخر مشاعاً و أمّا إذا بان شىء ممّا فى يد أحد الشريكين مستحقّاً للغير، كالكتاب الخامس مثل الشرائع، فتبطل بمقدار قيمته فيكون ذاك الشريك سهيماً لما فى يد الآخر بمقدار قيمة ما ظهر مستحقّاً للغير فلو كان قيمة كلّ الخمسة ألفاً، و كان قيمة الشرائع مائتين يكون شريكاً لما فى يد الآخر، بمقدار الخمس فيحتاج إلى التقسيم الثانى بالنسبة إليه أخماساً، فالحكم بإبطال القسمة من رأس يحتاج إلى دليل بعد وقوعه صحيحاً، و الحاصل أنّ كلّ ما كان المقسوم من قبيل الأقل و الأكثر الاستقلاليين، لا يحكم ببطلان القسمة من رأس و إنّما تبطل بمقدار ما علم فيكون سهيماً بهذا القدر.

۲- إذا ظهر الاستحقاق فى كلا النصيبين بالسوية قال الشيخ: و إن كانا فيها سواء من غير فضل، أخذا لمستحق حقّه و ينصرف و كانت القسمة فى قدر الملك الصحيح صحيحة لأنّ القسمة لإفراز الحقّ و قد أفرز كلّ واحد منهما حقّه عن شريكه. «۱» و قال المحقّق: لم تبطل لأنّ فائدة القسمة باقية و هو إفراد كلّ واحد من الحقّين.

و فى الجواهر: نعم ينبغى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقصاً فى حصّة أحدهما خاصّة بأخذه و لم يظهر به تفاوت بين الحصّتين مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه فإنّ القسمة حينئذ باطلة لبطلان التعديل. «۲» نعم يصحّ التقسيم إذا كان المقسوم كالكتب.

۳- لو كان المستحق نصيبهما معاً لكن لا بالسوية بطلت القسمة لتحقّق الشركة و إلى ذلك ينظر الشيخ لقوله: فإن وقع المستحق فى نصيبهما معاً نظرت فإن

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۴۲.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۳۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۱

وقع منه مع أحدهما أكثر ممّا وقع مع الآخر بطلت القسمة لما مضى «۱» لبطلان التعديل.

۴- هذا إذا كان المال المستحقّ للغير معيّناً و أمّا إذا كان مشاعاً فيهما. قال الشيخ: هذا إذا كان المستحق معيّناً و أمّا إن كان مشاعاً فی الكلّ بطلت فی قدر المستحقّ و لم تبطل فيما بقی، و قال قوم تبطل فيما بقی أيضاً و الأوّل مذهبنا و الثانی أيضاً قویّ لأنّ القسمة تمييز حقّ كلّ واحد منهما عن صاحبه و قد بان أنّه على الإشاعة. ۲ و وصفه المحقّق بأنّه الأشبه، و هو الحقّ لأنّ التقسيم كان بلا إذن الشريک، فيحتاج إلى تقسيم ثلاثی.

و مع ذلک ففی القول ببطلان التقسيم مطلقاً نظر كما إذا كان التقسيم الثنائی، لا يزيد شيئاً على التقسيم الأوّل كما إذا مات الرجل و ترک ابناً و زوجة فللزوجة الثمن و للابن الباقی ثمّ ظهرت زوجة أُخرى له فهی تكون شريكه لها فی الثمن من غير فرق بين تجديد التقسيم أو إبقائه، و مثله ما إذا ظهر ابن آخر له فهو يكون شريكاً لأخيه بالمناصفة و الأحوط تنفيذ التقسيم من جانب الثالث.

الثالثة: لو قسّمت الورثةُ تركة ثمّ ظهر على الميّت دين قال المحقّق: فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة، و إن امتنعوا نُقضت و قضی منها الدين. ۳

قد حقّق فی محلّه أنّ الدين لا يتعلّق بالعين و لا يكون الدائن شريكاً للورثة فی غير المستوعب و لا مالكاً للتركة فی المستوعب منه، بل الدين على ذمّة الميّت و التركة ملک لهم لكنّها كالعين المرهونة فلو قضت الورثة، الدين، تنفک عن الرهن و إلّا فللدائن، استيفاء دينه من التركة كالمرتهن، و على ذلک لا تبطل القسمة مطلقاً. نعم إذا كان الدين مستوعباً و امتنعت الورثة من أداء الدين يرجع إلى أخذ جميعها و يكون التقسيم بلا أثر.

---

(۱) ۱ و ۲ الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۲.

(۲) ۳ نجم الدين الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۲

النظر الرابع فی أحكام الدعاوی

اشارة

و فيه: مقدمة، و مقاصد

أمّا المقدمة: فتشتمل على فصلين:

الفصل الأوّل فی تمييز المدّعی عن المنكر

اشارة

لمّا وقع عنوان المدّعی أو المدّعی عليه أو «من أنكر» أو ما يقرب منها موضوعاً لأحكام شرعية فی النصوص يجب على القاضی التعرّف عليها و لأجل ذلک حاول الفقهاء تعريفها بوجوه و المهم تعريف المدّعی إذ بالتعرّف عليه يعرف المنكر و قد عرّف بوجوه:

۱- المدّعی: من لو تَرک تُرِک.

۲- المدّعی: من خالف قولُه الظاهرَ.

۳- المدّعی: من خالَف قولُه الأصل.

۴- المدّعی: من یدّعی أمراً خفیاً.

۵- المدّعی: من تُطلَب منه البیّنة.

إنّ هذه التعاریف لو کانت تعاریف حقیقیهٔ لا تخلو أکثرها من إشکال.

أمّا الأوّل: أعنی «من لو تَرک تُرِک» فلا ینطبق علی الدعوی الثانیهٔ الناشئهٔ من الدعوی الأُولی، فلو ادّعی رجل دیناً علی ذمّهٔ رجل، فقال الثانی: قضیتُ

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۳

دینی، فإنّه مدّع بالنسبهٔ إلی قضاء الدین مع أنّه لو ترک لم یترک. و یمکن أن یقال: إنّ المعرَّف هو المدّعی المنشئ للدعوی ابتداءً و أمّا دعوی الخروج عن عهدهٔ الدین فلیس داخلًا فی المعرّف و إنّما هو من لوازم الدعوی الأُولی، نظیر دعوی الاعسار و الوفاء و ردّ المغصوب و الودیعهٔ و نحوهما ممّا لا یترک الشخص عن المطالبهٔ بالحق لو ترک.

و أمّا الثانی: فالظاهر أنّ من جعل موافقهٔ الظاهر و مخالفته ملاکاً لتمییز المنکر عن المدّعی، انتقل إلی هذه الضابطهٔ بمشاهدته فی الفقه موارد قُبل فیها قول من یوافق الظاهر مع یمینه کالأمین مطلقاً مثل الودعی فتصوّر أنّ ذلک لأجل کونه منکراً، فیکون مقابله مدّعیاً مع أنّه لا مانع من جعله مدّعیاً و مقبولًا قوله مع الیمین لورود النصّ علیه و قد مرّ مواضع یقبل فیها قول المدّعی مع الیمین.

و علی کلّ تقدیر فهل المراد من الثالث أصالهٔ البراءهٔ، أو الأصل الموجود فی نفس المال کأصالهٔ الصحّهٔ إذا کان أحد الطرفین یدّعی الصحّهٔ و الآخر الفساد أو الأعمّ منه و من الأمارات المعتبرهٔ کالید. تظهر الحال فیه فیما یأتی.

ثمّ إنّ المشکلهٔ هو عدم التساوی بین الثانی و الثالث، فی الصدق إذ یلزم علی أحدهما کون الرجل مدّعیاً و علی الآخر کونه منکراً و إلیک بیان ذلک:

۱- لو أسلما قبل الدخول فادّعی الزوج التقارن، فالنکاح باق و ادّعت الزوجهٔ التعاقبَ فالنکاح منفسخ فلو کان الملاک للتمییز هو الموافقهٔ و المخالفهٔ للظاهر فالرجل هو المدّعی لأنّ قوله مخالف للظاهر لبعد التقارن و شیوع التعاقب و المرأهٔ هی المنکرهٔ لموافقهٔ قولها مع الظاهر و أمّا لو کان الملاک هو الموافقهٔ و المخالفهٔ مع الأصل فالمرأهٔ هی المدّعیهٔ لادّعائها الانفساخ المخالف للأصل و الرجل هو المنکر.

۲- لو ادّعی الزوج الانفاق مع عیشهما فی بیت واحد مع یسار الرجل و أنکرته فلو کان الملاک هو مخالفهٔ الأصل فالرجل هو المدّعی لأنّ الأصل عدم

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۴

الانفاق و لو کان الظاهر هو الملاک، فالمرأهٔ هی المدّعیهٔ لکون قولها مخالفهٔ للظاهر لأنّ العیش فی بیت مع الیسار یوجب الظنّ بالانفاق.

۳- لو ادّعی الزوج بعد الخلوهٔ، عدم الدخول فلو کان الأصل هو الملاک فالمرأهٔ هی المدّعیهٔ لأنّ الأصل عدم الدخول و لو کان الملاک هو الظاهر فالمدّعی هو الرجل لکون الخلوهٔ غیر منفکّهٔ عن الدخول غالباً.

هذا و الإجابهٔ عن التعارض واضح فإنّ أساسه، کون المراد من الظاهر هو الأعمّ من الحجّهٔ شرعاً و عدمها فعندئذ یظهر التعارض بین التعریفین و أمّا إذا کان المراد منه هو الحجّهٔ و أنّ المنکر فی إنکاره معتمد علی دلیل شرعی فلا ترفع الید عنه إلّا بدلیل أقوی کالبیّنهٔ، فیرتفع التعارض، لأنّ الظواهر فی جمیع الأمثلهٔ أُمور ظنّیهٔ لیست بحجّهٔ شرعیهٔ، فینحصر الدلیل بالأصل.

ففی المثال الأول، علی مدّعی الانفساخ إقامهٔ البیّنهٔ و هی المرأهٔ و إلّا فالمنکر علی أصله و دلیله.

و فی المثال الثانی، علی مدّعی الانفاق إقامهٔ البیّنهٔ و إلّا فمنکره علی أصله و دلیله.

و فی المثال الثالث؛ علی مدّعی الدخول، إقامهٔ البیّنهٔ و إلّا فمنکره علی أصله و دلیله.

فإذا كان المراد من الظاهر فى جانب المدّعى و المنكر هو المعتبر شرعاً، فيكون المدّعى هو من خالف قوله الظاهرَ المعتبرَ و المنكر من وافقه فعلى كلّ من المدّعى و المنكر، الاعتماد على الدليل غير أنّ الحقّ مع المنكر لوجود الدليل المعتبر معه إلّا أن يأتى المدّعى بدليل أقوى.

ثمّ إنّه ربّما يعترض على التعريف الثالث بأنّه ربّما يكون قول المدّعى موافقاً للأصل كما إذا ادّعى فساد المعاملة الموافق لأصل البراءة، و لكنّه ضعيف لأنّ المراد من الأصل هو الأصل الحاكم فى المسألة و هو أصالة الصحّة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵

هذا كلّه حول التعاريف الثلاثة الأُولى و أمّا الرابع فأضعف التعاريف حيث جعل الميزان، ادّعاء الأمر الخفى ميزاناً للمدّعى إذ لا فرق بين الخفى و الجلىّ مع انّه لم يُعلَم ما هو الميزان للخفاء و الجلاء.

و ربّما يعتذر عن هذه النقوض بأنّها تعاريف لفظية، و لكن الفقهاء يتعاملون معها معاملة التعاريف الحقيقية إذ يبذلون جهودهم فى معرفة الأصل الموجود فى المسألة حتّى يكون ميزاناً لتمييز المنكر عن المدّعى.

و لمّا كانت التعاريف عند صاحب الجواهر غير كاملة، تخلّص عن التعريف و جعل المرجع العرف على حسب غيرهما من الألفاظ التى لم تثبت لها حقيقة شرعيّة إلى أن قال: فالمراد به الذى قام به إنشاء الخصومة فى حقّ له أو خروج من حقّ عليه سواء وافق الظاهر و الأصل بذلك أو خالفهما و سواء تُرك مع سكوته أو لم يترك فإنّ المدّعى عرفاً لا يختلف باختلاف ذلك و كيف كان، فالرجوع إلى العرف فى مصداقهما أولى من ذلك كلّه و لعلّ لا اشتباه فيه بعد امتياز خصوص الدعوى بين المتخاصمين «۱».

و إليه جنح السيّد الطباطبائى حيث قال: إنّ المرجع فيه هو العرف، و أضاف و هذا بحسب المصاديق يرجع إلى التعاريف المذكورة. «۲» و هو خيرة سيدنا الأُستاذ فى تحريره حيث قال: إنّ تشخيص المدّعى و المنكر عرفى كسائر الموضوعات. «۳»

و نحن نوافق الأساتذة و نقول أنّهما من المفاهيم العرفية و لكن ليس المفهومان مستعصيين عن التعريف الجامع و لعلّ فى عبارة الجواهر إلماع إلى التعريف الجامع حيث قال: «من قام بإنشاء الخصومة فى حقّ له، أو خروج من حقّ عليه» و إن شئت قلت: إنّ المدّعى يريد إثبات حقّ لنفسه أو لمن ينوب عنه

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۳۷۱ و ۳۷۶.

(۲) ملحقات العروة: ۲/ ۳۵.

(۳) تحرير الوسيلة: ۲/ ۳۶۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۶

أو يريد إسقاط حقّ ثابت و إليك التوضيح:

إنّ المدّعى و المنكر من المفاهيم العرفية غير المختصّة بالمسلمين بل هما موجودان فى جميع الشعوب فهؤلاء بفطرتهم يميّزون المدّعى عن المنكر و لا يتوقفون فى قضائهم على إعمال واحد من هذه الموازين و لو أردنا أن نصوغ فطرتهم فى قالب لفظى فلنا أن نقول: المدّعى من يدّعى إثبات حقّ أو إسقاط حقّ ثابت، فمن ادّعى شيئاً من ذلك، فعليه الإثبات و لعلّ التعريف الأخير أسد التعاريف حيث قال: المدّعى من يطلب منه البيّنة و المراد منها هو الدليل و ذلك انتقالًا من عالم التكوين إلى عالم الادّعاء، فكما أنّ وجود كلّ ممكن ثبوتاً رهن علّة و محدث، فهكذا ادّعاء حدوث حادث لم يكن له سبق، رهن دليل فمن ادّعى طروء أمر جديد فعليه الإثبات فلا يقبل قوله إلّا معه، و قد نقل عن الشيخ الرئيس أنّه قال: إنّ من قبل قول المدّعى بلا دليل، فقد خرج عن الفطرة الإنسانية و على هذه الفطرة جرى الرسول الأكرم صلّى الله عليه و آله و سلّم حيث قال: البيّنة على المدّعى «۱» و أمّا المنكر فلا يحتاج إلى الدليل لأنّه لا يدّعى شيئاً، بل يتلقّى قول المدّعى قولًا بلا دليل.

و بالجملة إنّ المدّعى يريد تغيير الوضع الحاضر و المنكر ممسك به، فالأوّل هو المدّعى و عليه الدليل حسب الطبع، فما لم يأت بدليل فالمنكر على ما هو عليه.

نعم ربّما دلّ الدليل بالاكتفاء باليمين فى مورد المدّعى مكان البيّنة و ذلك لا يخرجه عن كونه مدّعياً و ذلك لأدلّة خاصّة و من ذلك دعوى الودعى ردّ الوديعة، و دعوى الأمين تلف المال، و مدّعى صحّة البيع مع ادّعاء الآخر، الفساد فيقبل قول مدّعى الصحّة بيمينه كلّ ذلك لأجل دليل خاصّ و لولاه كان على كلّ من يدّعى إثبات حقّ، أو إسقاط حقّ ثابت، إقامة الدليل و هى البيّنة و لعلّه إلى ما ذكرنا يرجع التعريف الأخير من أنّ المدّعى من يطلب منه البيّنة.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸- من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳-.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۷

الميزان هو الغاية من إنشاء الدعوى لا مصبّها

و من هنا يعلم أنّ الميزان فى تمييز المدّعى و المنكر هو الدقّة و الإمعان فى الغاية التى أُقيمت الدعوى لإثباتها، لا مصبّ الدعوى فى بدء النظر ففى مورد اختلاف الزوجين كلّ منهما يدّعى شيئاً أعنى التقارن أو التعاقب، و لكن المدّعى هى المرأة، لأنّ الغاية من إنشائها انفساخ العقد، و تحلّلها من الزوجية، بخلاف الرجل، فليس ادّعاء التقارن شيئاً زائداً على بقاء الوضع السابق على ما كان عليه و منه يظهر حال الاختلاف فى كون المأخوذ مبيعاً فى مقابل ثمن، أو هبة فإنّ ظاهرهما كونهما متداعيين أحدهما يدّعى البيع و الآخر الهبة و كلاهما من العناوين الوجودية، لكن الغاية من إنشاء الدعوى هو تملّك مال الغير بلا عوض مع اتفاقهما على كونه مال الغير قبل العقد المختلف فيه و الضابطة الأُولى فى الأموال هى الاحترام، و من يدّعى الهبة يريد إخراج الموضوع من تحت القاعدة فيحتاج إلى الدليل.

ثمّ إنّ السيّد الطباطبائى ذكر للمسألة الأخيرة صوراً قلّما تخطر ببال المتداعيين إلّا أن يكونا عارفين بشقوق المسألة فلاحظ.

شرائط المدّعى

اشارة

ذكر المحقّق للمدّعى شروطاً خمسة نُقدِّم البحث فى أربعة منها، ثمّ نذكر الخامسَ منها بعدها قال: يشترط البلوغ، و العقل، و أن يدّعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه، و ما يصحّ منه تملّكه. ثمّ فرّع على ذلك قوله: فلا تسمع دعوى الصغير، و لا المجنون، و لا دعواه مالًا لغيره إلّا أن يكون وكيلًا أو وصيّاً أو وليّاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم. و لا تُسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً.

و لنأخذ كل شرط بالبحث:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۸

أمّا الشرط الثانى [أى العقل]

، فلأنّه يشترط فى الدعوى كونه جدّياً لا هزلياً، و المجنون لا جدّ له و عبارته لا يعتدّ بها عند العقلاء فلا تشمله عمومات القضاء.

أمّا الشرط الأوّل، [أى البلوغ]

فقد استدلّ عليه فى الجواهر بالوجوه التالية:

۱- عدم الخلاف فی عدم السماع.

۲- انسیاق غیر الصبی من العمومات.

۳- الدعوی إنشاء یترتّب علیه أحکام و هو رهن کون عبارته معتبرهٔ غیر مسلوبهٔ.

۴- تضافر الفتوی علی أنّه لا یجوز أمره حتّی یبلغ.

و فصّل السیّد الطباطبائی بین دعوی الصبی فیما یوجب تصرّفه فی مال أو غیره ممّا هو ممنوع منه فلا تُسمع، و غیره فتُسمع بمقتضی عمومات وجوب الحکم بالعدل و القسط کما إذا ادّعی أنّه جنی علیه أو سلب ثوبه أو أخذ منه ما فی یده بل لو ادّعی أنّه غصب دابّته أو نحو ذلک، و أتی بشهود علی مدّعاه فلا- دلیل علی عدم سماعه خصوصاً إذا کان الخصم ممّن یخاف منه الفرار أو کان من المسافرین. «۱»

ثمّ إنّ الوجوه التی اعتمد علیها صاحب الجواهر ضعیفهٔ أمّا الأوّل فلا یکون حجّهٔ إلّا إذا کشف عن دلیل وصل إلیهم و لم یصل إلینا کما حقّقناه عند البحث عن الشهرهٔ الفتوائیهٔ. و لیس المقام فی ذلک.

و أمّا الانصراف فهو فرع ورود دلیل ظاهر فی أنّه بصدد بیان شرائط المدّعی حتّی یدّعی الانصراف عن الصبی و هو منتف أضف إلی ذلک أنّ طبیعهٔ الموضوع تقتضی دفع الظلامهٔ عن کلّ إنسان و الصبی إنسان فإذا ادّعی أنّ فلاناً ضربه أو جرحه أو أخذ منه مالًا و أقام بینهٔ فلا وجه لعدم سماعه.

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۳۶.

فمضافاً إلی أنّه لیس کلّ دعوی انشاء، بل هو إخبار أنّ إنشاء الصبی الممیز المتثبت معتبر فی العقود غایهٔ الأمر أنّه غیر مستقلّ فی الأُمور المالیّهٔ و قد روی أنّ رسول اللّه تزوّج أُمّ سلمهٔ زوجها إیّاه عمر بن أبی سلمهٔ و هو صغیر لم یبلغ الحلم. «۱»

و بذلک یعلم ضعف الوجه الرابع فإنّ المراد منه هو أنّه لا- یجوز أمره، مستقلًا حتّی یبلغ و یدلّ علی ذلک ما رواه حمران عن أبی جعفر فی حدیث: «إنّ الجاریهٔ إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیُتم و دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی الشراء و البیع إلی أن قال و الغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع و لا یخرج عن الیتم حتّی یبلغ خمس عشرهٔ سنهٔ». «۲»

فالمراد من الجواز و عدمه هو المعنی الوضعی أعنی النفوذ و عدمه فهو بنفسه لا ینفذ إنشاؤه.

فإن قلت: إذا کان دعوی الصغیر مسموعهٔ و لم یکن له بیّنهٔ، فکیف یُحلِّف أو کیف یَحْلِفْ إذا رُدّ علیه الحلف؟

قلت: أمّا الإحلاف فینوب عنه الحاکم حفظاً لحقوقه و أمّا حلفه فلا یحلف إذا ردّ و لا دلیل علی ترتّب تمام آثار الدعوی عند السماع.

نعم لا تسمع دعواه إذا کانت مستلزمهٔ للتصرّف المالی کما إذا ادّعی أنّه أقرض دیناراً لأنّها دعوی فاسدهٔ.

و منه یظهر حال السفیه و لم یذکره المحقق لکن ذکره السیّد الطباطبائی فلو تعلّقت دعواه بأُمور مالیّهٔ فلا تُسمع و أمّا إذا تعلّقت بقذف أو جنایهٔ أو نکاح أو طلاق بل الدعاوی المالیهٔ إذا ادّعی إتلاف الغیر ماله فتُسمع و منه یظهر سماع مثله فی الصبی الممیز.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۴، أبواب عقد النکاح، الباب ۱۶، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱، أبواب مقدّمات العبادات، الباب ۴، الحدیث ۲.

و أمّا الشرط الثالث: فهو أن یدّعی لنفسه أو لمن له ولایهٔ الدعوی عنه

و لیس المراد من الولایـة هو ولایة الأب و الجدّ بل الأعم کما صرّح به المحقّق فی کلامه، حیث صـرّح بصـحّة إقامة دعوی الوکیل و الوصـی و الحـاکم و الأمین له و بکلمـة جامعـة یجب أن تکون الـدعوی عقلائیّـة، و لا تکون کـذلک إلّا إذا کان للمـدّعی بالـدعوی مساس عرفاً کالأمثلـة المـذکورة بل و غیرها و علی ضوء ذلک یجوز للودعی و المرتهنِ و الحارسِ إقامـة الـدعوی فإنّ هؤلاء و إن لم یکونوا مالکین، لکن لهم أمام المالکین مسئولیة خاصّـة فإذا کان مع دعواه بیّنـة، أعادت ملک الغیر إلی محلّه و إذا کان المعیار کون الدعوی عقلائیة یصحّ ما ذکره السیّد الطباطبائی حیث قال: الظاهر سـماع الدعوی الحسبیة من المحتسبین، کما إذا ادّعی شـخص علی میّت له صغار، بدین و المحتسب یعلم أنّه أوفاه و ذمّته بریئة و له شهود بذلک لعدم انصراف العمومات من ذلک.

و أمّا الشرط الرابع: أعنی أن یدّعی شیئاً یصحّ منه تملّکه فلا تُسمع دعوی المسلم خمراً أو خنزیراً

و ذلک لأنّه بعـد ثبوت المـدّعی، لا یترتّب علیه الأثر، إذ لا یملکه بعد الحکم، کما هو الحال کذلک لو اعترف الخصم بلا حاجة إلی بیّنـة. اللّهمّ إلّا إذا کان الخمر متّخذاً للتخلیل فللمتّخذ حقّ الاختصاص، و مثله ما لو ادّعی علیه ثمنهما بحجّة أنّه باعهما منه حال کونهما کافرین ثمّ أسلما قبل أن یقضی دینه، فیکلّف بدفع الثمن.

إلی هنا تمّ الکلام فی الشروط الأربعة و إلیک الکلام فی الشرط الخامس.

الشرط الخامس: کون الدعوی صحیحة لازمة

اشارة

قال المحقّق: «و لا بـدّ من کون الـدعوی صـحیحة لازمـة فلو ادّعی هبة لم تسـمع حتّی یدّعی الإقباض و کذا لو ادّعی رهناً». و قال فی الدروس: و کلّ دعوی ملزمة معلومة فهی مسموعة فلا تُسمع دعوی الهبة من دون الإقباض، و کذا الرهن

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۵۱

عند مشترطه فیهما و لا البیع من دون قوله: «و یلزمک تسلیمه إلیّ» لجواز الفسخ بخیار المجلس و شبهه. «۱»

الظاهر أنّه لا حاجـة إلی قیـد الصـحّة فی عنوان البحث لما مرّ من أنّه لا یصـحّ إقامة الدعوی علی ما لا یملکه، و المهمّ هو تفسـیر قوله: «لازمة» فهناک تفسیران:

الأوّل: لصاحب المسالک و تبعه صاحب الجواهر حیث قال المراد بکونها لازمـة أن تکون ملزمـة للمـدّعی علیه فلو قال: وهب لی کذا لم یُسمع حتّی یقول: و أقبضنی لأنّ الهبة أعمّ من المقبوضة و لأنّه قد یهب و یرجع عن قوله، و کذا لو ادّعی رهناً، بناء علی أنّ القبضَ شرط فی صحّة الرهن. «۲»

و بعبارة اُخری: یجب أن تکون الدعوی علی کیفیة لو اعترف بها الخصم، لکانت محدِثاً للتکلیف له، ففی الأمثلة المذکورة لو اعترف بأصل الهبة و الوقف مجردین عن القبض، لا یترتّب علیه الأثر، لأنّه جزء المملِّک فلا یملک الموهوب له و الموقوف علیه إلّا بالقبض، فثبوت مثل هذا، لا یترتّب علیه أثر شرعی و لو قال مکان «لازمة» ملزمة، أو یترتّب علیه الأثر الشرعی لکان أوضح.

الثـانی: مـا فسّـر به المحقّق الأردبیلی کلام المحقق حیث جعل قوله: لازمـة، مقابل جائزة بأن یکون المـدّعی عقـداً لازماً، لا جائزاً، و إلیک نصّه:

یشترط کون ما یـدّعی به ملکاً لازماً للمـدّعی أو لمن یدّعی له علی المدّعی علیه لا ملکاً متزلزلًا، یجوز للمدّعی علیه الرجوع عنه، مثل دعوی الهبـة و القبض بالإذن فإنّ الهبـة بـدونه لا تلزم فلو ادّعی هبة مال معیّن مجرّداً عن القبض لا یسـمع و إذا ضمّ إلیها «اقبضـتنی» و نحوه مثل «هبة یلزمک التسلیم إلیّ» یقبل.

ثمّ أورد علیه بإشکالات:

۱- إذا ثبت الهبة قد یترتّب علیها الفائدة مثل أن یکون ناذراً إقباض کلّ هبة

---

(۱) محمّد مکی: الدروس: ۲/ ۸۴ کتاب الدعاوی.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۱.

و عدم الرجوع.

۲- لو کان اللزوم شرطاً لزم عدم سماع الدعوی مع الإقباض أیضاً، إذ لا یلزم معه أیضاً فی کثیر من الأفراد.

۳- یلزم عدم دعوی شری حیوان إلّا مع ضمّ مضی زمان سقوط خیاره الثلاثة و تفرّق المجلس فی سائر العقود و نحوها و الظاهر عدم القائل بذلک. «۱»

المستفاد من کلامه بعد الإمعان فیه هو أنّه فسّر قوله: «لازمة» أی أن تکون لازمة من جمیع الجهات و لا تکون جائزة و لو بالخیار و لأجل ذلک أورد علیهم بإشکالات ثلاثة:

۱- إذا ادّعی الأجنبی کون ما فی یده، شیء وهبه زید، بأنّه یصحّ طرح الدعوی لحصول الملکیة بالقبض مع أنّها جائزة لیس بلازمة لصحّة الرجوع فیه و إن کان لا یصحّ فی غیره.

۲- إذا ادّعی أنّه ابتاع شیئاً من زید مع عدم انقضاء المجلس.

۳- إذا ادّعی أنّه ابتاع حیواناً منه مع عدم انقضاء الثلاثة.

فلا شکّ فی صحّة طرح الدعوی فی هذه الموارد مع عدم کونها لازمة.

یلاحظ علیه: أنّه لیس المراد کون المدّعی عقداً لازماً حتّی ینتقض بهذه الموارد. بل المراد محدثاً للتکلیف ففی هذه الموارد، لو ثبت المدّعی به، لکان محدِثاً له، و أمّا أنّ له الرجوع عن هبته أو بیعه بإعمال الخیار فهو لا یضرّ بکون الدعوی مسموعة.

ثمّ إنّ المحقّق رتّب علی الشرط الخامس عدّة مسائل:

المسألة الأُولی: لو ادّعی فسق الحاکم و الشاهد

قال: و لو ادّعی المنکر فسقَ الحاکم أو الشهود و لا بیّنة فادّعی علم المشهود

---

(۱) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۱۷.

له ففی توجّه الیمین علی نفی العلم تردد أشبهه عدم التوجّه. ثمّ استدلّ علیه بوجوه ثلاثة:

۱- إنّه لیس حقّاً لازماً.

۲- و لا یثبت بالنکول و لا بالیمین المردودة.

۳- و لأنّه یثیر فساداً.

أقول: إذا ادّعی المنکر بعد إقامة بیّنة المدّعی، فسقَ القاضی فهل تُسمع الدعوی أو لا؟ للمسألة صورتان:

إحداهما: أن یدّعی فسق القاضی علی وجه الإطلاق من دون أن یخاطب المحکوم له بعلمه بفسقه و عدمه و إن کان قضاؤه فی المورد سبباً لذلک الادّعاء، فلا شکّ أنّه یصحّ طرحه لکن فی محکمة أُخری، فإنّ الشرط فی نصب القاضی، و إن کان هو إحراز عدالته عند الناصب و لکنّه لا یمنع من أن یجرحه المنکر و یکون مسموعاً و هذا لا یثیر فساداً إذ لو کانت له بیّنة تُسمع الدعوی و إلّا

فتردّ.

نعم لو ادّعی علم الناصب بفسقه و مع ذلک نصبه فلیس له إحلاف الناصب لأنّه مضافاً إلی کونه مثیراً للفساد لأنّ الناصب هو الإمام، الأمین العام، و إحلافه طعن للنظام أنّ الإحلاف لیس فی صلاحیة مدّعی الفسق، بل یحتاج إلی محکمة تقضی بین المدّعی و الناصب و هو کما تری له مضاعف أو مضاعفات.

ثانیهما: أن یدّعی علم المشهود له بفسق القاضی فهو قابل للطرح إذ لیست الدعوی فاقدة للأثر بشهادة أنّه لو أقرّ المشهود له بذلک لا یجوز للمقرّ ترتیب الأثر علی مثل هذا القضاء و لو افترضنا أنّ المشهود له أقرّبه فلا- یکون ذلک سبباً لسقوط أصل الدعوی إذ للمشهود له طرح الدعوی عند قاض آخر.

هذا کلّه إذا أقرّ و إن أنکر و حلف فینفذ الحکم السابق و إلّا فیردّ الحلف إلی المدّعی. و مع ذلک، لا یسقط أصل الدعوی أیضاً کما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۵۴

و أمّا إذا ادّعی فسق الشهود، و عِلْم المشهود له به فإن قلنا إنّ المیزان، کون الشهود عدولًا عند القاضی فلا تکون الدعوی ملزمة للتکلیف، لأنّ المعتبر هو عدالة الشهود عند القاضی، لا عند المحکوم له و أمّا لو قلنا باشتراط عدالتهم عند المتخاصمین فالدعوی ملزمة بشهادة أنّه لو أقرّ المحکوم له بفسقها لما صلح له ترتیب الأثر و علی هذا فلو أقرّ، و إلّا فإن أنکر و حلف یکون الحکم نافذاً و إن ردّ و حلف المحکوم علیه، یبطل الحکم المبنیّ علی شهود لم تثبت عدالتهم و له إقامة الدعوی بشهود أُخری و ما ذکرنا هو حکم المسألة شرعاً و أمّا تجسیدها فی الحاضرة الإسلامیة فهو یحتاج إلی تخطیط خاص.

المسألة الثانیة: إذا التمس المنکر یمین المدّعی

إذا التمس المنکر یمین المدّعی منضمّة إلی الشهادة لم تجب إجابته لنهوض بیّنته بثبوت الحقّ، و یدلّ علیه مضافاً إلی الاتّفاق ما ورد من النصوص ففی صحیح محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عن الرجل یقیم البیّنة علی حقّه، هل علیه أن یستحلف قال: لا. «۱» و ما ورد فی حدیث سلمة بن کهیل عن علیّ علیه السّلام و ردّ الیمین علی المدّعی مع بیّنته فإنّ ذلک أجلی للعمی، و أثبت فی القضاء «۲» محمول علی الاستحباب و یمکن حمله علی ما إذا شهدت البیّنة علی أصل الدین دون الثبوت فی الذمّة فالتمس المنکر الحلف علی الاستحقاق فعلًا.

المسألة الثالثة: إذا ادّعی إقرار الغیر بحقّ له علیه

إذا ادّعی علی رجل أنّه أقرّ له بالحقّ، من دون أن یدّعی أنّ له علیه الحقّ واقعاً مع قطع النظر عن الإقرار فهل تُسمع الدعوی بمعنی توجّه الیمین علی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و لاحظ ۲ و ۳.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۵۵

المدّعی علیه لو أنکر؟ قیل فیه وجهان:

۱- تسمع، لأنّه یترتّب علیها الأثر فی صورة و هو إذا أقرّ فیؤخذ بإقراره و إن کان لا یترتّب علیها إذ أنکر و حلف و یکفی فی کون الدعوی قابلة للطرح ترتّب الأثر علیها و لو فی صورة خاصّة.

۲- لا تسمع لأنّ الحقّ لا يستحقّ بالإقرار فى نفس الأمر و إن كان ثبوته يوجب الحقّ ظاهراً.

و ذهب الشهيد فى المسالك إلى السماع قائلًا بأنّ المعتبر ثبوت الحقّ ظاهراً و اعترافه ينفعه، و نكوله يثبت عليه الحقّ لو قلنا بالقضاء به أو مع يمين المدّعى و المدّعى يجوز له الحلف على أنّه أقرّ له بذلك «۱» و سيوافيك أنّه لا- يشترط فى استحقاق المقرّ له عِلْمُه بالسبب المقتضى للإقرار بل يجوز له أخذه تعويلًا على إقراره ما لم يعلم فساد السبب.

المسألة الرابعة: فى الكشف عن أسباب الدعوى و عدمه

اشارة

يشترط فى صحّة الدعوى أن تكون ملزمة محدثة للتكليف، و مترتّباً عليها الأثر الشرعى و على ذلك فقوام صحّة الدعوى هو كونها موضوعاً للحكم الشرعى. فلو كانت الدعوى بوصف كونها كلّياً ذات أثر شرعىّ و إن كانت مجهولة من ناحية الأسباب، يصحّ طرحها و على القاضى سماعها و إلّا فلا. و على هذا بحثوا عن لزوم كشف أسباب الدعوى و عدمه و فصّلوا بين ما كانت ذا أثر شرعى فلا يجب الكشف، و إلّا فيلزم و قد عنونه الشيخ فى المبسوط و بحث عن المسألة على وجه التفصيل نذكر من كلامه موجزه:

قال: تنقسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام: ما لا يفتقر إلى كشف، و ما لا بدّ فيه من الكشف، و ما اختلف فيه.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۳۱.

فأمّا ما لا يفتقر إلى كشف فالأملاك المطلقة، مثل أن يدّعى الدين و العين مثل الدابّة و الدار و العبد و الثوب فإذا قال لى كذا و كذا سمعناها و لم يكلّفه الحاكم أن يكشف عن أسباب الملك لأنّ جهات الملك و أسبابه تتكثر و تتّسع من الإرث و الهبة و الغنيمة و الشراء و الإحياء فإذا كلّف الكشف كان عليه فيه المشقّة لأنّه قد يخفى ذلك السبب.

و أمّا ما لابدّ فيه من الكشف و هو إذا ادّعى القتل فقال قتل هذا وليّاً لنا، كُلّف الكشف فيقول صف لنا القتل عمداً أو خطأً فإذا قال عمداً قال: صف العمد فإذا وصفه قال: قتله وحده أو معه غيره، لأنّه من الأُمور التى لا يتدارك بعد فواتها فلهذا يكشف عنها.

و أمّا ما اختلف فيه فهو النكاح قال قوم لا يقبل حتّى يقول: نكحتها بولى و شاهدى عدل و قال قوم: لا يفتقر إلى الكشف سواء ادّعى الزوجيّة فقال: هذه زوجتى أو ادّعى العقد فقال: تزوّجت بها. هذا إذا ادّعى الرجل الزوجيّة فأمّا إن ادّعت المرأة الزوجيّة نظرت فإن ذكرت مع ذلك حقّاً من حقوق الزوجيّة كالمهر و النفقة كانت مدّعية و إن لم تذكر حقّا و إنّما قالت هذا زوجى أو تزوّجنى قال قوم: ليس بدعوى بل هو اعتراف و إقرار و من أقرّ بحق لا- يلزم المقرّ له الجواب. و قال قوم: انّ الدعوى صحيحة و يلزمه الجواب لأنّ إطلاق قولها هذا زوجى أو هذا تزوّجنى، تحته ادّعاء لحقوق الزوجيّة فلهذا صحّت الدعوى، و من قال الدعوى صحيحة فهل يفتقر إلى الكشف؟ ثمّ عطف الشيخ على المقام، دعوى سائر العقود كالبيع و الصلح و الإجارة و اختار عدم لزوم الكشف و من قال بالكشف أوجب أو يقول: تعاقدنا بثمن معلوم جائزى الأمر و تفرّقنا بعد القبض عن تراض «۱».

هذا كلام الشيخ فقد نفى افتقار صحّة الدعوى إلى الكشف فى النكاح

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۲۵۹- ۲۶۱.

و غيره و استثنى القتل معلّلًا بانّ فائته لا يستدرك. «۱» و تبعه العلّامة فى الإرشاد قال: و لا تفتقر الدعوى إلى الكشف إلّا فى القتل. و قال المحقق الأردبيلى فى ذيل كلام العلّامة: «عدم افتقار الدعوى إلى التفصيل فى غير القتل هو المشهور بل كاد يكون إجماعياً سواء

كان مالًا أو غيره من النكاح و غيره لعموم أدلّة الدعوى و مقبوليّتها على الإطلاق من غير تفصيل، و عدم كون الإجمال مانعاً ٢.

أقول: الميزان فى سماع الدعوى كونها ملزمة و ذات أثر شرعى فلا شكّ أنّ دعوى النكاح من كلا الطرفين سواء كان ادّعاءً للمسبّب أى الزوجيّة أو السبب أى العقد، كلّها ذات آثار شرعيّة فلا وجه لعدم السماع بحجّة أنّ المدّعى لا يكشف عن أطراف الموضوع بعض الإبهامات الذى لا ـ مدخلية لها فى كون الموضوع ذا أثر شرعى، غير أنّ الكلام فى استثناء القتل، فإنّ عدم سماعها لأجل اختلاف أنواعه، فإنّ القتل عن عمد يوجب القصاص، و القتل عن خطأ يوجب الدية، و القتل للارتداد، يوجب التعزير لأنّه تدخل فى أمر الحاكم، و المرتدّ و إن كان مهدور الدم و لكنّه لا يجوز لغير الحاكم إهدار دمه.

و على ذلك فوجه افتقار الدعوى إلى الكشف فى القتل إنّما هو لأجل أنّ الاعتراف بالكلّى فاقد للأثر و إنّما الأثر للكلّى المشخّص فى صنف أو فرد، لا لأجل أنّ فائته لا يستدرك، إذ لو صحّ ذلك لوجب عدم السماع فى النكاح فإنّ الوطء لا يستدرك، اللّهمّ إلّا أن يقال باستدراكه بردّ المرأة مع المهر بخلاف النفس.

ثمّ إنّ المحقّق الأردبيلى احتمل سماع الدعوى فى نفس القتل أيضاً و قال: إنّه يمكن الاكتفاء فى القتل بعدم التفصيل غايته أنّه لا يمكن إثبات حكم بخصوصه إذا ثبت أصله إذ لو لم يسمع لأدّى إلى إبطال دم امرئ معصوم مع إمكان إثباته بوجه. ٣

بقى هنا مطلب و هو؛ أنّه لا يشترط الكشف فى سماع أصل الدعوى و لكن

---

(١) ١ و ٢ و ٣ الأردبيلى: مجمع الفائدة ١٢/ ١٢٣– ١٢٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج٢، ص: ٥٨

إذا انتهى الأمر إلى المحاكمة فلا شكّ أنّ الكشف عن الأسباب و أطراف القضية ربّما يكون سبباً لكون القاضى أقرب إلى الواقع و أبعد عن الخطأ فهناك مقامان مقام سماع الدعوى، و مقام الترافع، ففى المقام الأوّل يكفى كون الموضوع ذا أثر شرعى و أمّا مقام الترافع فالإمعان فى أطراف القضية أمر مؤكّد لا ينبغى تركه.

ردّ اليمين فى دعوى الزوجيّة

قال المحقّق فيما إذا ادّعت المرأة الزوجيّة و أنكرها الرجل: أنّه يلزمه اليمين، و لو نكل قُضى عليه على القول بالنكول، و على القول الآخر تردّ اليمين عليها فإذا حلفت ثبتت الزوجيّة، و كذا السياقة لو كان هو المدّعى.

أقول: إنّ ردّ اليمين على المنكر فى مسألة الزوجيّة مشكل جدّاً لقصور روايات الردّ عن الشمول لغير الحقّ و المال، فقد وردت فيها كلمة الحقّ و المال و هو منصرف إلى غير المقام و فى صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما فى الرجل يدّعى و لا بيّنة له قال: «يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له». «١» و فى مرسلة أبان عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام فى الرجل يُدَّعى عليه الحقّ و ليس لصاحب الحقّ بيّنة، قال: «يستحلف المدَّعى عليه فإن أبى أن يحلف و قال: أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ فإنّ ذلك واجب على صاحب الحقّ أن يحلف و يأخذ ماله». ٢

فالقرائن الموجودة فى روايات الباب تصدّ الفقيه عن إسراء حكم الردّ إلى غير الحقوق و الأموال. أضف إلى ذلك أنّ الردّ يوجد مأزقاً فى تطبيق الحكم، فلو افترضنا أنّ الرجل ادّعى الزوجيّة و أنكرتها المرأة، فلم يكن للرجل بيّنة فانتهى الأمر إلى يمينها و قد ردّته إلى الرجل فحلف، فمعنى ذلك أنّه يجوز للرجل إيجاب التمكين عليها و الاستمتاع منها، و لكن وظيفة المرأة بينها و بين ربّها هو الفرار و

---

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١ و ٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۵۹

عدم التمكين، فما ذا تكون النتيجة إلّا الفوضى فى أمرهما و دوام التشاجر بينهما؟!

فإن قلت: إنّ الإشكال جار فيما إذا أقام الرجل البيّنة على الزوجيّة مع كونها منكرة، فالوظيفتان مختلفتان كالسابق.

قلت: البيّنة حجّة شرعيّة و طريق إلى الواقع فيجب على المرأة التمكين و لا وزر عليها، و هذا بخلاف ما إذا كانت منكرة و قصّرت فى الحلف و ردّته إلى الرجل فحلف، فعندئذ هى التى أوجدت المأزق فى حياتها و سلطت الأجنبى على عرضها باختيارها.

و الذى أظنّ هو أنّه يجب على القاضى حبس المرأة حتّى تجيب بأحد الأمرين إمّا أن تقرّ بالزوجيّة أو تحلف.

لزوم الكشف عند ادّعاء الفرع و عدمه

ثمّ إنّ هنا فروعاً حول لزوم الكشف و عدمه تدور حول ادّعاء الفرع و إليك بيانها:

۱- لو ادّعى أنّ هذه بنت أمته من دون أن يقول ولّدتها فى ملكى.

۲- لو ادّعى أنّ هذه بنت أمته و أضاف أنّها وَلّدتْها فى ملكى.

۳- لو ادّعى أنّ هذه بنت أمته و قال ولدتها فى ملكى و هى الآن مملوكة لى.

قال المحقّق: لا تسمع الدعوى فى الصورتين الأُوليين، أمّا الأُولى لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثمّ تصير الأم له. و أمّا الثانية لاحتمال أن تكون حرّة أو ملكاً لغيره، فلا تسمع الدعوى لعدم كونها موضوعاً لحكم شرعى، و بذلك يعلم أنّه لو قامت البيّنة على هاتين الصورتين لا تسمع.

نعم، تسمع الدعوى و تقبل البيّنة إذا كانت على النحو الثالث لأنّه موضوع ذو أثر شرعى حيث يدّعى أنّه المالك للفرع دون ذى اليد، فيأتى دور المرافعة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۶۰

و مثل هذا إذا قال: هذه ثمرة نخلى فله أيضاً صور ثلاث لا تسمع فى الأُوليين و تسمع فى الثالثة بنفس الدليل السابق فى ادّعاء البنت لأنّ كون التمر ثمرة للنخل الذى هو يملكه لا يكون دليلًا على أنّه ملكه لاحتمال أن يكون النخل عند إثماره ملكاً للغير ثمّ انتقل إليه، كما أنّ كون التمر ثمرة للنخل حين كونه مالكاً للأصل لا يدلّ على كونه مالكاً للثمرة الآن، لإمكان بيعها مع الحفظ على أصلها. نعم لو قال: هذه ثمرة نخلى أثمرها فى ملكى و هى الآن مملوكة لى تسمع، لكونها ذات أثر شرعى.

هذا هو حال الادّعاء و به تبيّن حال الإقرار و تأتى فيه الصور الثلاث الماضية فى الادعاء فلا يكون إقراراً على النفس إذا أقرّ على النحو الثالث فإليك البيان: فلو أقرّ ذو اليد أنّ التمر ثمرة النخل الذى يملكه زيد، فلا يكون إقراراً على نفسه و لصالح صاحب النخل إذ لا ملازمة بين كونه ثمرة لنخل زيد و كونه مالكاً لها بالفعل لإمكان كون النخل عند الإثمار ملكاً للغير ثمّ انتقل الأصل إلى زيد بعده أو كان ملكاً له عند الإثمار و لكن انتقلت الثمرة منه إلى ذى اليد، و لأجل عدم كونه إقراراً على النفس لو فسّره بما ينافى مالكيّة زيد و قال و مع ذلك فهى ملكى، لا يعدّ ذلك إنكاراً بعد الإقرار سواء كان التفصيل متصلًا أو منفصلًا و ما ذلك إلّا لأجل انّ كلامه لم يكن ظاهراً فى الإقرار بملكيّة صاحب النخل بالنسبة إلى الثمرة. نعم لو أقرّ بما سبق و أضاف قوله: و هى ملك زيد يكون إقراراً على نفسه.

و على ضوء ذلك فالإقرار و الادّعاء توأمان يرتضعان من ثدى واحد. فلو قلنا باعتبار الظهور فكلاهما سيّان، و لو قلنا باشتراط التصريح فكلاهما كذلك، و لا فرق بين الإقرار و الادّعاء.

نعم يظهر من صاحب المسالك أنّه فهم من كلام المحقّق أنّه بصدد التفريق بين الإقرار و الادّعاء و أنّه يكفى فى الإقرار القول بأنّه ثمرة نخل فلان مع

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۶۱

عـدم إضافـة ما ينافى ذلک إليه عملًا بالظاهر من كونها تابعة للأصل حيث لا معارضة و لو كان هناک شـىء لذكره فإطلاق كونها من الأصل الذى هو مملوک للمقرّ له، ظاهر فى تبعيّتها له بخلاف الدعوى فإنّ شرطها التصريح بالملک له و لو بالاستلزام و لم يحصل، ثمّ ذكر أنّ الفرق بين الـدعوى و الإقرار لا يخلو عن إشـكال لأنّ الاحتمال قائم على تقديرى الإقرار و الدعوى و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره متين و لكن من أين اسـتظهر من كلام المحقّق أنّه بصدد التفريق بين الإقرار و الادّعاء فيكفى فى الإقرار نسبة الثمرة إلى نخل الغير مع عدم إضافة ما ينافى ذلک إليه بخلاف الادعاء فإنّه يشترط التصريح بانّه ملک المدّعى.

نعم إنّ المحقّق فرّق بين ثمرة النخـل و فرع آخر فى مقام الإقرار، فاكتفى فيه بصـرف النسـبة و هو إذا قال هـذا الغزل من قطن فلان أو هـذا الـدقيق من حنطته فـاعتبره إقراراً على النفس، و علّله فى الجواهر و غيره بـأنّ الغزل و الـدقيق نفس حقيقـة القطن و الحنطـة و إنّما تغيّرت الأوصـاف فملـک الأصـل تقتضـى ملـک الفرع بخلاف الثمرة و الولـد، فإنّهما منفصـلان عن أصـلهما جنساً و وصـفاً و شـرعاً، فالإقرار بالفرعيـة لا تقتضـى الإقرار بالملک، و كذا أيضاً فى المسالک و أضاف، بل لا أجد فيه خلافاً، بل هو عندهم من الواضـحات. «۲»

يلاحظ عليه: أنّه لا فرق بين جميع الأمثلة التى تقدّمت من ادّعاء البنت و ثمرة النخل و كون الغزل من قطن فلان، فالإقرار و الادعاء فى الجميع سيّان فلاـ يصـحّان إلّـا إذا كان ظاهراً فى الإقرار على نفسه و ظاهراً فى دعوى شـىء لنفسه، فالإقرار بأنّ الغزل من قطن الأرض التى يملكها زيد ليس إقراراً على مالكيته

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالک: ۲/ ۴۳۲.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۳۸۶.

للغزل حالیّاً لإمكان ابتياعه منه، و إنّما يكون إقراراً إذا قال: و هو ملكه الآن، و مثله الادعاء فلا يكون ادّعاء موضوع ذى أثر شـرعى إلّا إذا قـال هـذا الغزل من قطن أرضـى و أنّه ملكى و إلّـا فادّعـاء كون الغزل من قطن أرضه لاـ يلازم مالكيّته للغزل و كون الثمرة هناک منفصلة عن الأصل و غير منفصلة فى المقام لا توجب فرقاً إذا كانت الدلالة على مستوى واحد.

إلى هنا تمّ ما ذكره المحقق من شرائط سماع الدعوى،

ثمّ إنّ هناک شروطاً أُخر ذكرها السيّد الطباطبائى فى المقام نشير إليها:

۱- أن يكون للمدّعى طرف

يشترط فى صـحّة الدعوى أن يكون للمدّعى طرف تكون بينهما مخاصمة و منازعة فعلًا فلو لم يكن له طرف موجود فعلًا و أراد إثبات مطلب و إصدار الحكم عليه ليكون قاطعاً لدعوى محتملة فيما سـيأتى كما إذا كان هناک وقف على كيفية صـحيحة عند بعض العلماء دون بعض فـأراد إصـدار الحكم ممّن يقول بصـحّته، دفعـاً لادّعـاء بعض البطون و نحو ذلـک ممّا هو محلّ الخلاف، أو كان له طرف لكن لم يكن بينهما منازعـة فعلًا كأن يكون معترفاً بحقّه لكن أراد إثبات حقّه و أخذ الحكم دفعاً لما يحتمل من جحوده بعد ذلک، لا يجب «۱» على الحاكم سـماعها، و لو سمعها و ثبت عنده بالبيّنة أو الإقرار و حكم به لا يترتّب عليه آثار الحكم من وجوب العمل به و حرمة نقضه لأنّ المتبادر ممّا دلّ على وجوب السماع و ترتّب آثار الحكم صورة وجود المنازعة فعلًا، كذا قاله بعضهم. «۲»

أقول: ما نقله السيّد الطباطبائى عن ذلک البعض هو الحقّ لأنّ القضاء مفهوم عرفى قائم بمثلث له أضلاع ثلاثة أحدها المدّعى و الآخر المنكر و الثالث

(۱) جواب لقوله: فلو لم یکن له طرف موجود.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۴۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۶۳

الحاکم، فإذا لم یکن هناک منازع فلا یتحقّق للقضاء مفهوم.

نعم لو عرضا الموضوع فإن کانت الشبههٔ حکمیهٔ کما إذا کان هناک وقف علی کیفیهٔ صحیحهٔ عند بعض العلماء دون بعض فما یجیبه یکون فتوی حجّهٔ علی مقلدیه لا حکماً قضائیاً حجّهٔ علی الجمیع سواء کان حاضراً أو غائباً ....

و إن کانت شبههٔ موضوعیهٔ کما إذا أراد إثبات حقّه و أخذ الحکم دفعاً لما یحتمل من جحوده لیکون ذلک إقراراً من الجاحد علی الحقّ عند الحاکم و لکن لیس کلّ إقرار و سماعه و تصدیقه قضاءً. و لا دلیل علی حجیهٔ القضاء فی الشبهات الموضوعیهٔ إذا لم یکن تنازع.

۲- تعدّد المدّعی و القاضی

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء؛ ج۲، ص: ۶۳

یشترط فی تحقّق القضاء أن یکون القاضی غیر المدّعی تحقیقاً لمفهوم القضاء و أمّا إذا کان القاضی هو المدّعی فهو أشبه بمثلث یفقد أحد أضلاعه. و أمّا حقوق اللّه سبحانه فما یرجع إلی القاضی هناک هو العمل بالبیّنهٔ أو الإقرار و لیس له هناک قضاء و لا حکم و إلّا لاتّحد القاضی و المدّعی، فموضوع القضاء و محلّه هو حقوق الناس، و لأجل أنّ الحدود الإلهیهٔ خارجهٔ عن مجال القضاء اتّفقوا فیها علی عدم الیمین و ورد به النص «۱» و ما یهم القاضی فیها هو الإمعان فی کون البیّنهٔ واجدهٔ للشرائط و کون الإقرار نافذاً أو لا.

۳- اشتراط الجزم فی الدعوی

و هذا الشرط هو الذی بسط السید الطباطبائی الکلام فیه و قد فرغنا عنه فی البحوث السابقهٔ فلا نعود إلیه.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، أبواب مقدّمات الحدود، الباب ۲۴، الحدیث ۱، ۲، ۳ و ۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۶۴

الفصل الثانی فی التوصل إلی الحقّ

اشارهٔ

الغرض من عقد هذا الفصل هو تمییز المواضع التی یجب علی المدّعی أن یرجع إلی القاضی لاستیفاء حقّه عمّا لا یجب علیه، بل یجوز له الاستقلال بالاستیفاء و بما أنّ الحقّ إمّا عقوبهٔ کالقصاص و حدّ القذف. أو مال و هو إمّا عین فی ید المدّعی أو دین فی ذمّته

فیدور البحث فی محاور ثلاثهٔ:

الأوّل: إذا كان الحقّ عقوبة

إذا كـان لرجـل علی آخر حقّ القصـاص و القـذف فقـد اتّفق الفقهـاء علی أنّ المـدّعی لاـ یسـتقلّ بالاستیفاء فلا بـدّ من رفع الأمر إلی الحاکم لعظم خطره و لأنّ استیفاءه وظیفة الحاکم علی ما تقتضیه السیاسة. «۱»

هـذا و قـد جرت علی الرفع سیرة العقلاء فی المجتمعات الحضاریـة و حتّی العشائریة، حیث ترفع الدعوی إلی شـیخ القبیلة، و لو خُوِّل الانتصاف من الظالم إلی الناس لانتهی الأمر إلی فساد عظیم و ربّما تراق دماء الابریاء باتهام القصاص و غیره، و ذلک معلوم جدّاً، نعم خرجت عن ذلک موارد جزئیة تحت شرائط خاصّة، قال محمّد بن مکّی الشهید فی الدروس: روی أنّ من رأی زوجته تزنی فله قتلهما «۲». و مع ذلـک ففی روایـة عبـد اللّه بن القـاسم الجعفری عن أبی عبـد اللّه عن أبیه علیهما السَّلام قال: قال سـعد بن عبادة: أ رأیت یا رسول اللّه إن رأیت مع أهلی رجلًا فأقتله؟ قال: یا سـعد فأین الشهود الاربعة ۳. و قد حمله الأصحاب علی أنّه لا یثبت ذلک فی الظاهر و لا تقبل دعوی الزوج إلّا ببیّنة، و بعبارة أُخری یجوز القتل ثبوتاً إلّا انّه

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: ۱۸، الباب ۴۵، من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۲۱.

إذا لم یستطع إثبات دعواه یُقتل و قد وردت بعض الروایات فی سبّ النبیّ أنّه یجوز قتله إذا لم یخف علی نفسه «۱». و علی کلّ تقدیر فخروج مورد أو موردین لا یضرّ بالضابطة و هو کون إجراء الحدود وظیفة الحاکم.

و مع وضوح الحکم یظهر من صاحب الجواهر المیل إلی خلاف ما هو مسلّم بین الفقهاء، لکن بشـرط أن یکون الحال معلوماً أو کان الخصم مقراً مسـتدلًا بقوله سـبحانه: (وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِیِّهِ سُلْطاناً فَلا یُسْرِفْ فِی الْقَتْلِ إِنَّهُ کانَ مَنْصُوراً) (الاسراء/ ۳۳). قائلًا بأنّ مقتضی إطلاق السلطان هو الأعم من قیامه بالمباشرة أو بالتسبیب مضافاً إلی تسلّط الناس علی استیفاء حقوقها. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الآیة بصدد تشریع السلطة للولی و أمّا الکیفیة فلیست فی مقام بیانها و مثلها الدلیل الثانی فإن تسلّط الناس علی استیفاء حقوقهم فاقد للإطلاق من حیث التسبیب و المباشرة، أضف إلی ذلک أنّ مواضع الحقوق محاطة بشبهات حکمیّة و موضوعیّة لا یقدر علی حلّها إلّا الفقیه العارف بالحکم و الموضوع، فکیف یمکن أن یُخوَّل مثل ذلک إلی العامی؟!

الثانی: إذا كان الحقّ عيناً فی يد الغير

إذا کانت لرجل عین بید رجل آخر فالمشـهور أنّه إن قدر علی استردادها من غیر تحریک فتنة استقلّ به لأنّها نفس ماله فلا حاجة إلی الرجوع فی تحصـیله إلی غیره، نعم لو أدّی إلی الفتنـة فلا بـدّ من الرفع إلی الحاکم دفعاً لها. «۳» توضـیحه: أنّه فرق بین العین و الدین، فـإنّ الحقّ فی الأـوّل متعین فی الموجود فهو مالـک له بخلاف الثانی فإنّ الحقّ فیه کلی فی ذمّـة المـدین و لا یتعیّن فیما یقتصّ منه إلّا برضاه، أو بولایة شرعیّة کإذن الحاکم و المفروض انتفاء الأمرین.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حدّ القذف، الحدیث ۳.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۳۸۷.

(۳) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۲.

نعم یجوز الاسـتقلال فی العین إذا لم تترتّب علیه فتنـة و إلّا فلا یجوز لما علم من مـذاق الشارع من عدم جواز فعل تترتّب علیه الفتنة و

لأجل ذلك جوّز الإمام بيع الوقف إذا انتهى إبقاؤه على ما كان عليه إلى تلف الأموال و النفوس «۱» و قال سبحانه: (إِلّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسَادٌ كَبِيرٌ) (الأنفال/ ۷۳) هذا و للمسألة صور نذكرها:

أ: إذا استلزم أخذ العين من الممسك تمزيق الثوب و كسر القفل و نظائره ممّا لا ينفكّ عنه الاستقلال بأخذ الحقّ، فهل هو جائز أو لا؟ الظاهر جوازه، لأنّه إذا جاز الدفاع عن ماله يجوز ما توقّف عليه، اللّهمّ إلّا أن يستلزم فتنة أو فساداً كبيراً، و يمكن أن يقال إنّ الممسك بإمساكه أسقط حرمة ماله بمقدار ما يتوقف عليه الأخذ.

ب: لو افترضنا كون الممسك جاهلًا بأنّ ما تحت يده مال الغير فلا شكّ أنّه يجوز الاستقلال إذا لم يترتّب عليه ضرر، و أمّا إذا ترتّب عليه ضرر يسير كما مثلناه، فالظاهر أنّه لا يجوز لاحترام ماله و عدم سقوطه عن الحرمة لكونه جاهلًا، نعم ذلك إذا أمكن الرجوع إلى الحاكم و أخذ الحقّ عن طريقه و إلّا فلا إشكال فى ذلك غير أنّه يضمن الضرر اليسير.

ج: لو افترضنا أنّه وقع فى يده مال للممسك سواء كان جاهلًا أو عالماً فهل يجوز التقاص به أو لا؟ الظاهر التفريق بين ما أمكن أخذ الحقّ عن طريق الحاكم فلا يجوز بخلاف ما إذا انحصر الطريق بالتقاصّ. و سيوافيك هذا التفصيل فى المحور الثالث فانتظر.

الثالث: إذا كان الحقّ ديناً فى ذمّة الآخر

اشارة

هذا كلّه حول العين و أمّا الدّين فله صور:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۶۷

۱- إذا كان المدين معترفاً بالدين باذلًا له متى أراد.

۲- إذا كان معترفاً به لكن ممتنعاً عن الأداء.

۳- إذا كان جاحداً و كان للمدّعى البيّنة على إثبات حقّه و كان الوصول إلى الحاكم أمراً ممكناً.

۴- تلك الصورة و لكن لم تكن له البيّنة على إثبات الحقّ، أو كانت له البيّنة لكن كان الوصول إلى الحاكم غير ممكن أو أمراً حرجياً.

۵- إذا كان المدين جاهلًا بالدَين فى اعتقاد الدائن.

و إليك بيان أحكام الصور:

أمّا الصورة الأُولى: أعنى ما إذا كان باذلًا

، فلا يستقلّ المدّعى بانتزاعه و ذلك لأنّ المدين مخيّر فى جهات القضاء فلا يتعيّن الحقّ فى شىء دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه. و المفروض انتفاء كلا الأمرين، و الحاصل أنّ الدائن يملك الثمنَ الكلى فى ذمة المديون و تشخّصه فى جزء من أمواله يحتاج إلى تعيينه و المفروض عدمه، أو إلى تعيين الحاكم لأنّه ولى الممتنع و المفروض عدم امتناعه فتكون النتيجة عدم تعيّن الدين الكلى فيما انتزع، و على هذا لو وقع مال المديون فى يد الدائن، فلا يتعيّن الدين فيه إلّا برضاه. و ما يرد عليك من الروايات من جواز التقاص منصرفة عن صورة كونه باذلًا بل صريحة فى خلافها.

و أمّا الصورة الثانية و الثالثة: أعنى ما إذا كان معترفاً بالدين لكن ممتنعاً عن الأداء أو كان جاحداً و للغريم بيّنة تُثبتُ عند الحاكم و كان الوصول

إليه ممكناً

ففيه قولان ذهب الشيخ في الخلاف و المحقّق فى الشرائع إلى الجواز مستدلًا بعموم الإذن فى الاقتصاص، خلافاً للمحقّق فى النافع و تلميذه فى كشفه و للفخر فى ايضاحه على ما نقل عن الأخير.

قال الشيخ: إذا كان لرجل على رجل حقّ فوجد من له الحقّ، مالًا لمن عليه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۶۸

الحقّ إلى أن قال: و إن كان مانعاً إمّا بأن يَجحد ظاهراً و باطناً، أو يعترف باطناً و يجحده ظاهراً، أو يعترف به ظاهراً و باطناً و يمنعه لقوّته، فإنّه لا يمكن استيفاء الحقّ منه، فإذا كان بهذه الصفة، كان له أن يأخذ من ماله بقدر حقّه من غير زيادة سواء كان من جنس ماله أو من غير جنسه إلى أن قال: و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة: ليس له ذلك إلّا فى الدراهم و الدنانير «۱» التى هى الأثمان و أمّا غيرهما فلا يجوز قال: دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم و أيضاً روى أنّ هنداً امرأة أبى سفيان جاءت إلى النبىّ فقالت يا رسول اللّه! إنّ أبا سفيان رجل شحيح و أنّه لا يُعطينى ما يكفينى و ولدى إلّا ما آخذ منه سرّاً فقال: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» و النبى أمرها بالأخذ عند امتناع أبى سفيان منه و الظاهر أنّها كانت تأخذ من غير جنس حقّها فإنّ أبا سفيان ما كان يمنعها الخبز و الإدام و إنّما كان يمنعها الكسوة فالظاهر أنّ الأخذ من غير جنس الحقّ. «۲»

و ظاهره جواز الأخذ فى الصورتين من غير فرق بين كونه ذا بيّنة و عدمه، أمكن الوصول إلى الحاكم و استيفاء الحقّ بحكمه أو لا و لكن الظاهر من المبسوط هو الجواز فيما إذا لم تكن له الحجّة أو كان و لكن لا يقدر على إثباته عند الحاكم، و عدم الجواز فى غير هاتين الصورتين.

قال: هذا (أى جواز الأخذ مطلقاً من جنس الحقّ و غيره) إذا كان من عليه الحقّ مانعاً و لا حجّة لمن له الحقّ، فأمّا إن كان له بحقّه حجّة و هى البيّنة عليه، و لا يقدر على إثبات ذلك عند الحاكم و الاستيفاء منه فهل له أخذه بنفسه أم لا قال قوم ليس له لأنّها جهة تملك استيفاء حقّه بها منه فلم يكن له الأخذ بنفسه بغير رضاه، كما لو كان باذلًا، و قال آخرون له ذلك لأنّ عليه مشقّة فى إثباته عند الحاكم و مغرمة فى استيفائه فكان له الأخذ و هو الّذى يقتضيه عموم أخبار فى

---

(۱) لعلّ مراده تخصيص الاقتصاص بما إذا كان ما فى يده مماثلًا لما فى ذمّة المدين.

(۲) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۲۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۶۹

جواز ذلك «۱».

ترى أنّه خصّ الجواز بما إذا لم يمكن له البيّنة أو كان إثباته شاقّاً عند الحاكم و مفهومه عدم الجواز فى صورة الإمكان و عدم المشقة.

هذا و خالف المحقّق فى النافع و لم يجوّز و قال: و لو كان ديناً و الغريم مقرّ باذل أو مع جحوده عليه حجّة لم يستقلّ المدّعى الانتزاع من دون الحاكم. «۲» و قد أقرّه عليه تلميذه الفاضل الآبى فى شرحه على النافع. «۳» و قد نقل الخلاف عن فخر المحققين فى الإيضاح و لم نقف عليه فى موضعه. «۴»

و قد استدلّ صاحب الجواهر و غيره على الجواز فى هذه الصورة أى وجود البيّنة مع إمكان الوصول إلى حاكم مبسوط اليد بالعمومات الواردة فى الكتاب و السنّة من قوله سبحانه: (فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ) (البقرة/ ۱۹۴) و قوله سبحانه: (وَ الْحُرُمٰاتُ قِصٰاصٌ) (البقرة/ ۱۹۴) و قوله تعالى: (فَعٰاقِبُوا بِمِثْلِ مٰا عُوقِبْتُمْ بِهِ) (النحل/ ۱۲۶) و قوله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «لىّ الواجد يُحِلُّ عقوبته و عرضه» «۵» و قوله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» «۶».

و الاستدلال بهذه الآيات ضعيف لأنّ الأولى فى مقام بيان لزوم المماثلة فى الاعتداء من حيث الكمّية و أمّا سائر الجهات و أنّه هل يتصدّى صاحب الحق بالاعتداء بالمباشرة أو بالتسبيب فليست الآية فى مقام بيانه و منه يظهر عدم دلالة الآية الثالثة، و أمّا قوله: (وَ الْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ) فالمراد منه أنّ كلّ حرمة تستحلّ ففيه القصاص و أمّا الكيفية، فليس بصدد بيانها خصوصاً أنّه جاء مقدّمة لقوله (فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ).

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۳۱۱.

(۲) المحقق، النافع: ۲۸۴، ط مصر.

(۳) الآبى، كشف الرموز: ۲/ ۵۰۵.

(۴) فخر المحققين، الإيضاح: ۳/ ۴۰۰.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب القرض، الحديث ۴ مع اختلاف يسير.

(۶) البيهقى: السنن ۱۰/ ۱۴۱ و قد مرّ فى نصّ الخلاف أيضاً.

و أمّا النبوى فإنّ شمول العقوبة لمثل الاقتصاص بعيد، و أمّا إذن النبى لامرأة أبى سفيان فلأجل أنّه لو لا الإذن، يلزم رجوعها فى كلّ أُسبوع أو شهر إلى النبىّ، ليأخذ حقّها و هو كما ترى حيث إنّ الإثبات كان مشكلًا. و الأولى عطف الكلام إلى الروايات الواردة فى المقام. فقد استدلّ صاحب الجواهر بروايات غير أنّ المهم ثبوت الإطلاق فيها بالنسبة إلى الصورتين أى صورة وجود الاعتراف و إن كان ممتنعاً عن الأداء، أو وجود البيّنة فى صورة الجحد لإمكان إثبات الحقّ عند الحاكم مع إمكان الوصول إليه فقد سردها قدس سره من دون إيعاز إلى تلك الجهة بل القرائن تشهد ورودها فيما إذا كان الدائن فاقداً للبيّنة، أو كان الوصول إلى الحاكم غير ممكن و بعبارة أُخرى انحصر تحصيل الحقّ بالاقتصاص و إليك بعضها:

۱- صحيح ابن أبى عمير عن داود بن زربى قال: قلت لأبى الحسن إنّى أُخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها، و الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها، ثمّ يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: «خذ مثل ذلك و لا تزد عليه». «۱» و مورده ما إذا لم يتمكّن من استيفاء الحقّ بالحاكم و ذلك لأنّه إذا كان السلطان هو الآخذ فكيف يرفع الشكوى إليه أو إلى عديله و زميله و الغالب فى مثل هذه الأُمور فقد البيّنة، أو عدم إمكان التوصّل إلى الحاكم الشجاع الساعى فى رفع الظلامة.

۲- حسنة أبى بكر الحضرمى: قال: قلت له رجل عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، يجوز لى إن وقع له قِبَلى دراهم آن آخذ منه بقدر حقّى؟ قال: فقال:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱، و رواه الشيخ عن ابن أبى عمير عن داود بن رزين، لكن داود لم يوثق نعم رواه الصدوق بنفس السند عن داود بن زربى و عدّه المفيد فى الإرشاد من رواة الإمام الكاظم الموثقين و نقل العلّامة و ابن داود عن النجاشى أنّه قال: ثقة ذكره ابن عقدة و النسخ التى بأيدينا من رجال النجاشى خال عن التوثيق.

نعم ... «۱» و ليس السائل و المجيب فى مقام البيان بالنسبة إلى وجود البيّنة و عدمها حتّى يتمسّك بإطلاقها، لو لم نقل بانصرافها إلى غير تلك الصورة إذ لو كانت له البيّنة لما ترك ذكرها و نظيرها روايته الأُخرى «۲» و ممّا ذكرنا تظهر حال سائر الروايات «۳» فيكون المرجع بعد عدم دلالة الروايات هو حرمة التصرّف فى مال الغير، و لا يعارضه شىء حتّى قاعدة «لا ضرر»، لافتراض استيفاء الدين بالرجوع إلى الحاكم إمّا لوجود البيّنة إذا جحد، أو اعترافه و عدم إنكاره.

و الحقّ، هو ما اختاره المحقّق فی النافع و تلمیذه فی شرحه و فخر المحقّقین فی الإیضاح و بذلک یظهر ضعف ما فی الجواهر حیث قال: «لم نر للقائل بالمنع شیء یعتدّ به عدا الأصل المقطوع ممّا عرفت بل یمکن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلی الحاکم».

وجه الضعف أنّ المحکّم هو الأصل الأوّلی أی حرمة التصرّف فی مال الغیر إلّا بدلیل و القاطع لم یثبت لما عرفت عدم شموله للصورتین، و ما زعم من المعارضة بین الأصلین غیر تامّ لعدم ترتّب الأثر علی الأصل الثانی، حیث لا یُثبت جواز التصرّف فی مال الغیر، و المقصود فی المقام إثبات جواز التصرّف.

و أمّا الصورة الرابعة فهی القدر المتیقّن من هذه الروایات المجوّزة للاقتصاص بلا حاجة إلی إذن الحاکم

و إلی تلک الصورة یشیر المحقّق و یقول: «و لو لم یکن له بیّنة أو تعذّر الوصول إلی الحاکم و وجد الغریم من جنس ماله اقتص مستقلًا بالاستیفاء». «۴»

بل من غیر فرق بین کون المال من جنس ماله أو غیره بشهادة صحیحة داود

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب، الحدیث ۴ و ۵ و أبو بکر الحضرمی ممدوح. و لا بدّ من حمل الحلف فی الروایة إلی الحلف من دون أن یستحلف، أو الحلف عند المشتکی دون حضور القاضی بناء علی شرطیّة حضوره عند الحلف بل بأمره.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب، الحدیث ۴ و ۵ و أبو بکر الحضرمی ممدوح. و لا بدّ من حمل الحلف فی الروایة إلی الحلف من دون أن یستحلف، أو الحلف عند المشتکی دون حضور القاضی بناء علی شرطیّة حضوره عند الحلف بل بأمره.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۸، ۹، ۱۰ و ۱۳.

(۴) الشرائع: ۴/ ۱۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۷۲

ابن زربی، حیث کان المغصوب الجاریة و الدابّة، و الواقع فی الید المغصوب منه المال الظاهر فی غیر المماثل. و سیأتی تفصیله فی التنبیه الثالث.

لو کان المال الموجود عنده ودیعة

هذا کلّه إذا کان المال الموجود عنده غیر ودیعة و أمّا إذا کان ودیعة قال المحقّق: «ففی جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الکراهیة». قال الشیخ فی الخلاف بعد الحکم بجواز الأخذ بقدر حقّه: إلّا إذا کان ودیعة عنده فإنّه لا یجوز له أخذه منها. «۱» و مبدأ الخلاف، إختلاف الروایات، و ممّا یدلّ علی الجواز صحیح فضل ابن عبد الملک المعروف بأبی العباس البقباق: «إنّ شهاباً، ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلک ألف درهم قال أبو العباس فقلت له: خذها مکان الألف التی أخذ منک فأبی شهاب قال: فدخل شهاب علی أبی عبد اللّه فذکر له ذلک فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ و «۲» تحلف».

و خبر علی بن سلیمان قال: کتب إلیه رجل غصب مالًا أو جاریة ثمّ وقع عنده مال بسبب ودیعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ یحلّ له حبسه علیه أم لا؟ فکتب: «نعم یحلّ له ذلک إن کان بقدر حقّه و إن کان أکثر فیأخذ منه ما کان علیه و یسلّم الباقی إلیه». ۳

و فی مقابلهما روایات یصف ذلک العمل بالخیانة ففی خبر ابن أخ الفضیل ابن یسار جواباً عن مثل السؤال: «أدّ الأمانة إلی من ائتمنک، و لا تَخُن من خانک». ۴ و فی خبر سلیمان بن خالد: إن خانک فلا تخنه و لا تدخل فیما عتبه علیه ۵، و فی صحیح معاویة

بن عمّار قال: هذه الخيانهْ. ۶

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۲۸.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۲ و ۹.

(۳) ۴ و ۵ و ۶ الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۳، ۷ و ۱۱.

نظام القضاء و الشهادهْ فى الشريعهْ الإسلاميهْ الغراء، ج۲، ص: ۷۳

و الإمعان فى القسم الثانى من الروايات يعطى أنّه حكم أخلاقى حيث قال: «و لا تـدخل فيما عتبه عليه» و من المعلوم أنّ تسـميته خيانهْ من باب المبالغهْ فى الكراههْ إذ الخيانهْ هو الأخـذ بغير حقّ، لا الأخـذ معه على أنّ مقتضـى روايهْ البقباق هو عدم الكراههْ أيضاً حيث قال: «أمّا أنا فأُحب أن تأخذ و تحلف».

بل الظاهر من خبر عبد اللّه بن وضّاح، أنّه لو لا حلف المنكر، لجاز الأخذ و إنّما المانع، هو استحلافه عند الحاكم. «۱»

يجب التنبيه على أُمور:

الأوّل: إذا كان ما فى ذمّهْ الآخر مخالفاً فى الجنس مع ما وقع فى يده، فهل يجوز الاقتصاص عندئذ أو لا؟

الظـاهر أنّه يجـوز لأنّـه مضافاً إلى ترك الاسـتفصال فى عامّـهْ الروايـات، أنّه مقتضـى صـحيحهْ داود بن زربى حيث إنّ المغصوب هو الجاريـهْ و الدابـهْ الفارهـهْ و ما وقع فى يـده هو المال الظاهر فى المغايرهْ، و لأجل ذلك جاء فى الجواب: خـذ مثل ذلك و لا تزد عليه «۲»، أى خـذ مثله فى الماليـهْ و لا تزد عليه، و نظيره روايـهْ على بن سـليمان فإنّ المغصوب هو المال أو الجاريـهْ، فقـد أجاب الإمام فيه بقوله: نعم يحـلّ ذلك إن كان بقـدر حقّه و إن كان أكثر فيأخـذ منه ما كان عليه، و يسـلّم الباقى إليه ۳. فـإنّ الغالب فى تلك الموارد وقوع غير الجاريهْ فى يد المغصوب منه فيكون مخالفاً فى الجنس.

الثانى: فى تعيين البائع، قال الشيخ و من الذى يبيع؟!،

قال بعضهم: الحاكم لأنّ له الولايهْ عليه، و قال آخرون: يحضر عند الحاكم و معه رجل واطأه على

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب كيفيهْ الحكم، الحديث ۲.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱ و ۹.

نظام القضاء و الشهادهْ فى الشريعهْ الإسلاميهْ الغراء، ج۲، ص: ۷۴

الاعتراف بالدين و الامتناع من أدائه، و الأقوى عندنا أنّه له البيع لأنّه يتعذر إثباته عند الحاكم، و الذى قالوه كذب يتنزه عنه. «۱»

و قـد اعتمـد الشـيخ فى تولّى المغصوب منه للبيع على تعـذّر إثبـاته عنـد الحاكم، و هو يؤيّـد ما ذكرنا من أنّه لو كانت له الحجّهْ على الدين لما اسـتقلّ بالاقتصاص، و يؤيد جواز التولى الروايتان السابقتان و قد تعرّفت على أنّ موردهما هو فقدان الحجّهْ على المدين، ثمّ إنّه إذا أمكن الاستئـذان من الحـاكم فهـل يجب أو لا؟ مقتضـى الروايتين هو عـدم الحاجـهْ إليه. و ربّمـا يتصوّر أنّ الجواز فيهـا لأجل صدور الإذن من الإمام بالنسبهْ إلى المورد، فلا تدلّان على الغنى من الاستئذان فى غير موردهما، و لكنّه توهّم ضعيف لأنّ الصادر عن الإمام لم يكن حكماً قضائياً بل كان لبيان حكم الواقع، و أنّه حكم اللّه عبر القرون و تكون النتيجهْ عدم الحاجهْ إلى الاستئذان أيضاً.

الثالث: فى كيفيهْ الاقتصاص،

إذا كـان المال المأخوذ متّحـداً فى الجنس مع الواقع تحت اليـد فحكمه معلوم، إنّما الكلام فيما إذا كان مختلف الجنس فهناك صور: منهـا بيعه بالنقـدين و أخـذهما مكان ماليـة المغصوب منه. و منها: قبوله بالقيمـة العادلـة من دون بيع، و منها: بيعه بالجنس المماثل لما غصب منه، و منها: بيعه بأحـد النقدين ثمّ اشتراء الجنس المماثل، إلى غير ذلك من الصور المتصوّرة، و لمّا كان الغرض حيازة المالية الفائتة فلا يظهر هناك تعبّد بإحدى الصور، و يجوز الجميع أخذاً بترك الاستفصال.

الرابع: فى ضمان العين قبل البيع.

قـال الشيخ: و إن هلكت العين فى يـده قبل البيع قال قوم يكون من ضـمان من عليه الـدين لأنّ هـذه العين قبضت لاستيفاء الـدين من ثمنهـا و كـانت أمانـة عنـده كالرهن و قال آخرون: عليه ضـمانه لأنّه قبضـها بغير إذن مالكها لاستيفاء الحقّ من ثمنها فهو كما لو قبض الرهن بغير

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۳۱۱.

إذن الراهن و الأوّل أليق بمـذهبنا فمن قـال لاـ ضـمان عليه قال: له أن يأخـذ غيرها من ماله، و من قال عليه ضـمانها قال صار فى ذمّته قيمتها، و له فى ذمّة المانع، الدين فإن كان الجنس واحداً كان قصاصاً و يترادان الفضل. «۱»

و قال المحقق: الوجه الضمان، لأنّه قبض لم يأذن فيه المالك و يتقاصّان بقيمتها مع التلف. «۲»

و هناك قولان آخران:

الأوّل: التفصيل بين مقدار الحقّ و ما هو زائد عنه فيما لو كان المأخوذ زائداً عن مقدار الحقّ، فلا يضمن ما زاد عن مقدار الحقّ، و هو خيرة العلّامة فى القواعد.

الثانى: التفصيل بين ما أخذه بعنوان المقاصّة من أوّل الأمر فيضمن و أمّا إذا أخذه بعنوان الوديعة ثمّ بدا له التقاصّ فلا يضمن.

لاـ شـكّ أنّ مقتضـى الاستيلاـء على مـال الغير يوجب الضـمان، خرج منه مـا إذا أخـذ لصالـح صـاحب المـال من أوّله إلى زمان تلفه كالوديعـة، و أمّـا غيرهـا فهو محكوم بالضـمان. فـإنّ القبض للمقاصّـ ة هو قبض ضـمان لا قبض مجّان سواء كان من بـدأ القبض أو فى الأثنـاء، فينقلب بقاءً عن القبض عن المجّان إلى الضـمان، و لا يقصـر ذلك القبض من القبض بالسوم و كونه مأذوناً من جانب الشارع فى التصـرّف أعم من عـدم الضـمان و قـد أذن الشارع التصـرّف فى مال الغير عام المجاعة مع أنّ المتصـرّف ضامن للقيمة أضف إلى ذلك ما ذكرناه منّا فى محلّه من أنّ طبع التصـرّف فى مال الغير يقتضـى الضـمان إلّا أن يكون هناك دليل قاطع على عـدمه، و من هنا يعلم قوّة وجه الضمان و ضعف عدمه، و قد استدل عليه بوجوه غير تامّة:

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۳۱۱.

(۲) الشرائع: ۴/ ۱۰۹.

إنّها أمانة شرعيّة مع عدم التعدّى فى التلف.

يلاحظ عليه: أنّ الأمانـة الشـرعيّة عبارة عن الأخـذ بأمر الشارع إذا لم تكن للأخـذ فيه المصـلحة كاللقطـة بخلاف المقام، فإنّه إمّا أمانة مالكيّة كما إذا أخذه بعنوان الوديعة إذا بقى على تلك النيّة أو مقبوض بالضمان كما إذا قبضه بعنوان التقاص، أو استيلاء على ماله من دون إجازة المالك، كما إذا وقع ماله تحت يـده صدفة غاية الأمر أنّ الشارع أذن فى الأخذ و التصـرّف و لكنّه لا يلازم عدم الضـمان

لما عرفت من أنّ الإذن فی التصرّف أعمّ منه.

و منها؛ أنّه محسن فی الأخذ و ما علی المحسنین من سبیل.

یلاحظ علیه: أنّ المفهوم من الآیة هو اختصاص المحسن بالصورة التی لا یکون فیها للآخذ المصلحة، قال سبحانه: (لَیْسَ عَلَی الضُّعَفَاءِ وَ لَا عَلَی الْمَرْضی وَ لَا عَلَی الَّذِینَ لَا یَجِدُونَ مَا یُنْفِقُونَ حَرَجٌ إذا نَصَحُوا لِلّهِ وَ رَسُولِهِ مَا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ وَ اللّهُ غَفُورٌ رَحِیمٌ) (التوبة/ ۹۱) و القرینة علی ذلک قوله: نصحوا للّه و رسوله أی إذا کان عملهم خالصاً لوجه اللّه و الأخذ للتقاص ابتداءً أو استمراراً لیس عملًا خالصاً.

و من ذلک یعلم قوّة الضمان مطلقاً حتّی فی الزائد عن قدر الاستحقاق إذا لم یکن منفصلًا عن مقدار ما یستحق، اللّهمّ إلّا إذا کان الزائد منفصلًا فله حکم الودیعة، إذا اخذهما بنفس العنوان و أمّا التفصیل الرابع فیظهر وهنه ممّا سبق و ذلک لانّ أخذه ودیعة فی بادئ الأمر لا یؤثر فیما إذا انقلبت نیّته و صارت الید یداً لصالح الآخذ.

مسألتان

الأولی: ادّعاء ما لا یدَ لأحد علیه

قال المحقق: من ادّعی ما لا ید لأحد علیه قضی له. و المراد قضی له بلا

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۷۷

بیّنة و لا یمین.

أمّا القضاء بدونهما فلعدم الحاجة إلیهما، لأنّ المفروض عدم وجود الخصم و المنازع فینتفی موضوعهما. إنّما الکلام فی قوله «قضی له» مع أنّ القضاء أشبه بمثلّث له أضلاع ثلاثة، فإذا لم یکن المنازع موجوداً فی المقام فلا تتحقّق أرکان القضاء، و علی ذلک لا بدّ أن یحمل القضاء علی المعنی اللغوی لا ـ الاصطلاحی. و هو أنّه یعامل معه معاملة المالک و الدلیل علی ذلک هو سیرة العقلاء، فإنّهم متفقون علی ذلک إلّا أن تکون هناک ما یثیر الظنّ بالکذب، و المراد من قوله: «لا ید علیه» أی لا ید لأحد حتّی المدّعی. نعم هو بعد ادّعائه یستولی علی العین و یعامل معه معاملة المالک. و هذا نظیر ما مرّ من أنّه خمسة أشیاء یجب علی الناس أن یأخذوا فیها بظاهر الحکم: الولایات و التناکح و المواریث و الذبائح و الشهادات، فإذا کان ظاهره مأموناً جازت شهادته و لا یسأل عن باطنه. «۱»

مضافاً إلی مرسلة ابراهیم بن هاشم عن بعض أصحابه عن منصور بن حازم عند أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال قلت: عشرة کانوا جلوساً وسطهم کیس فیه الف درهم فسأل بعضهم بعضاً أ لکم هذا الکیس؟ فقالوا کلّهم: لا و قال واحد منهم: هو لی. فلمن هو؟ قال: «للذی ادّعاه».

و رواه الشیخ عن سنده عن محمّد بن احمد بن یحیی عن محمّد بن الولید عن یونس عن منصور بن حازم، و السند الأخیر صحیح و الروایة، بظاهرها تدلّ علی أنّ ادّعاء ما لا ید لأحد علیه یترتّب علیه الأثر و یحکم بأنّه له.

و ربّما نوقش فی دلالة الروایة بوجهین:

الأوّل: أنّ وجود الکیس وسط جماعة یکشف عن استیلائهم علیه و هو لا ینفک عن کونه تحت أیدیهم.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۷۸

یلاحظ علیه: أنّ الظاهر ورود الروایة فی جماعة مستطرقة نزلوا من راحلتهم و جلسوا لقضاء حوائجهم فکان الکیس ماثلًا بین أعینهم فمثل ذلک لا یعدّ استیلاء و لا یداً.

الثانی: إنّ ظاهر الروایهٔ أنّ العشرهٔ بأجمعهم قالوا: لا. ثمّ ادّعاه واحد منهم. فهذا یکون إقراراً بعد الإنکار، فلا یقبل فیما إذا کان لصالح نفسه.

یلاحظ علیه: أنّ المقصود من الکل ما عدا المدّعی، و هذا ظاهر لمن أمعن فی الروایهٔ، فکأنّه یقول سألت الجماعهٔ فلم یعترف أحد به غیر واحد منهم.

ثمّ إنّ المراد من القضاء بکونه مالکاً هو القضاء المطلق لا الحکم بقید المراعاهٔ أی لو لم ینازعه أحد فی المستقبل یحکم له. و علی ذلک فلو نازعه آخر فی مستقبل الأمر یکون هو مدّعیاً و السابق علیه منکراً لثبوت یده و إن لم نعلم سبب الاستیلاء.

الثانیهٔ: إخراج السفینهٔ المکسورهٔ

قال المحقق: لو انکسرت سفینهٔ فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله «أی لمالکه» و ما أُخرج بالغوص فهو لمخرجه و به روایهٔ فی سندها ضعف.

أقول: للروایهٔ سندان، أحدهما معتبر عند الأصحاب و إن کان الراوی عامیاً، لعمل الأصحاب بروایات بعض العامیین و هو ما رواه الکلینی بسند صحیح عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی حدیث عن أمیر المؤمنین علیه السّلام قال: «و إذا غرقت السفینهٔ و ما فیها فأصابه الناس فما قذف به البحر علی الساحل فهو لأهله و هم أحقّ به و ما غاص علیه الناس و ترکه صاحبه فهو لهم». «۱»

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطهٔ، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۷۹

و الآخر ما رواه الشیخ عن محمّد بن أحمد بن یحیی عن أبی عبد اللّه عن منصور بن العباس عن الحسن بن علی بن یقطین عن أُمیّهٔ بن عمرو عن الشعیری، قال سُئل أبو عبد اللّه عن سفینهٔ انکسرت فی البحر، فأُخرج بعضُها بالغوص و أخرج البحرُ بعضَ ما غرق فیها، فقال: «أمّا ما أخرجه البحر فهو لأهله اللّه أخرجه، و أمّا ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحقّ به». «۱»

و السند ضعیف لأنّ المراد من أبی عبد اللّه هو محمّد بن أحمد الرازی الجامورانی و قد استثناه ابن الولید من رجال نوادر الحکمهٔ «۲». کما أنّ منصور بن العباس ضعیف.

قال النجاشی: منصور بن العبّاس أبو الحسن الرازی: سکن بغداد و مات بها، کان مضطرب الأمر له کتاب کبیر. و مثله أُمیّهٔ بن عمرو الشعیری، قال الشیخ فی رجاله واقفی و الظاهر أنّ الشعیری لقب الراوی و المروی عنه فإنّ السکونی أیضاً شعیری و کلاهما منسوبان إلی باب الشعیر محلّهٔ فی بغداد و قیل وجه آخر.

و علی ذلک فالسند الثانی لا یحتجّ به بخلاف السند الأول، بقی الکلام فی دلالته و قد فسّرت الروایهٔ بوجوه:

۱- أنّ المراد أنّ ما أخرجه البحر فهو لأصحاب السفینهٔ، و أمّا ما أخرج بالغوص فهو للغواصین، و هذا هو الظاهر. و لمّا کان هذا المعنی مخالفاً لمقتضی القاعدهٔ لأنّ الأصل بقاء السلطهٔ علی المال و المالکیهٔ له سواء غرقت أم لا. سواء أخرجه الماء أم الغوّاص فما لم یعرض صاحب المال بإنشاء لفظی أو فعلی فهو له، و علی ذلک فما أخرجه البحر فهو لصاحبه و ما أخرج بالغوص فهو له أیضاً. غایهٔ الأمر لو أمر المالک الغوّاص بالإخراج فعلیه له أجرهٔ العمل، و إلّا فلا یستحق شیئاً.

---

(۱) الوسائل ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطهٔ. الحدیث ۲.

(۲) النجاشی: الرجال: ترجمهٔ محمّد بن أحمد بن یحیی برقم ۹۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۸۰

۲ هذا ما دعی بعضهم إلی إرجاع الضمیر فی قوله: «فهو لهم» إلی أصحاب السفینة أیضاً.

و لکن هـذا التفسیر یخالف ظاهر الروایـة فإنّ الظاهر أنّها بصدد التفصـیل بین المالکین، و أنّ ما أخرجه البحر فهو لمالکه و ما أخرجه الغوص فهو للغواص لا التفصیل بین إخراج اللّه و إخراج الغیر.

۳- الأخـذ بظـاهر الروایـة و لکن وجه التفصـیل هو وجود إعراض المالکین فی القسم الثانی أی ما أخرجه الغوّاص بشـهادة ما ورد فی الروایة الأولی قوله: «و ترکه صاحبه» و علی ذلک تکون الروایة موافقة للقاعدة. و ظاهر الحال یؤید ذلک التفصیل و ذلک لأنّ الأشیاء ذات الکثافة القلیلة تطفو علی سـطح الماء بسـرعة فیسـتولی علیها أصـحاب السـفینة قبل مغادرة محلّ الغرق، و أمّا الأشـیاء الکثیفة فهی تغطس فی البحر، و تخرج بعد مضی زمن یلازم مغادرة أصحاب السفینة موضع الغرق فتختصّ بالغواصین.

هذا هو الحکم الشرعی إلّا أنّ القوانین البحریة العالمیة بشکل آخر لا مجال لذکرها فی المقام.

إلی هنا تمّ الکلام فی المقدمة بفصلیها و لندخل الآن فی دراسة المقاصد.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۸۱

مقاصد أربعة

المقصد الأوّل فی دعوی الأملاک

اشارة

قـد عقـد المحقق أبواباً باسم المقاصـد، فالمقصـد الأوّل یتولّی بیان کیفیة القضاء فی دعوی الأملاک کما أنّ الثانی یتولّی بیان کیفیّته فی الاختلـاف فی العقـود و المعاملـات، کمـا أنّ الثـالث یـبیّن کیفیـة حـلّ الاختلـاف فی المـواریث، و الرابع منهـا یتکفّـل بیـان حلّ الاختلاف فی الولد، و إلیک الکلام فی المقصد الأوّل و فیه مسائل:

[المسألة] الأُولی: لو تنازعا عیناً و لا بیّنة فی البین

اشارة

إذا تنازعا فی عین فله صور أربع:

۱- أن تکون العین فی یدهما.

۲- أن تکون فی ید أحدهما.

۳- أن تکون فی ید ثالث.

۴- أن لا تکون هناک ید أصلًا، کما إذا تنازعا علی خاتم سقط فی بئر للمستطرقین ینتفع بها المشاة و الرکاب.

و هـذه الصور فی حالـة عـدم وجود بیّنـة و أمّا إذا کانت هناک بیّنـة فیأتی فیه الکلام فی المسألـة الثانیة و إلیک البحث فیها واحداً تلو الآخر:

أ: أن تکون العین فی یدهما

، قال الشيخ فى الخلاف: إذا ادّعى نفسان داراً و هما فيها أو الثوب و يدهما عليه، و لا بيّنة لواحد منهما، كان العين بينهما نصفين و به قال الشافعى، إلّا أنّه قال: يحلف كلّ واحد منهما لصاحبه. دليلنا: إجماع

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۸۲

الفرقة و أخبارهم، و أيضاً روى أبو موسى الأشعرى أنّ رجلين تنازعا دابّة ليس لأحدهما بيّنة فجعلها النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم بينهما. «۱»

إنّ مقتضى قاعدة العدل و الإنصاف كون العين بينهما، و هذه القاعدة مطردة فى الفقه و قد ورد النصّ على وفاقها فى مورد الودعى إذا أودع رجل عنده دينارين و آخر ديناراً واحداً فاختلطا من غير اختيار فضاع دينار منها فقد جاء النصّ بأنّ لصاحب الدينارين ديناراً و نصفاً و لصاحب الدينار الواحد، نصف دينار «۲»، مضافاً الى إطلاق صحيح عبد اللّه بن المغيرة. «۳»

إنّما الكلام فى لزوم الحلف و عدمه، فمن صوّر أنّ كلّ واحد من الرجلين مدع من جهة و منكر من جهة أُخرى فقد قال بلزوم الحلف لأنّ الموضوع صغرى لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم البيّنة للمدّعى و اليمين على من أنكر، بيانه: أنّ كلّ واحد من المدّعيين منكر لما بيده من نصف العين و مدّع بالنسبة إلى ما بيد الآخر، و بما أنّ كلّ واحد فاقد للبيّنة تصل النوبة إلى وظيفة المنكر فلكل واحد الحلف بالنسبة لما تحت يده بمعنى نفى دعوى الآخر بالنسبة إليه، و قد قال فى المسالك فى مقام التعليل: «عملًا بالعموم بل لم ينقل الأكثر فيه خلافاً».

و على هذا فالحلف حلف قضائى يترتّب عليه ما له من الآثار، فلو حلفا أو نكلا ترك المدّعى به فى يدهما كما كان، و إن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف بالكل.

ثمّ إن حلف الذى بدأ الحاكم بتحليفه و نكل الآخر بعده، حلف يميناً ثانياً باسم اليمين المردودة إذا لمنقض بالنكول.

و إن عكس أى نكل الأوّل من أوّل الأمر و رغب الثانى فى اليمين فقد

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱۲ من أبواب الصلح، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۹ من أبواب الصلح، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۸۳

اجتمع عليه يمين النفى للنصف الذى ادّعاه صاحبه (و هو الحلف الشائع فى كلّ منكر). و يمين الإثبات للنصف الذى ادّعاه، فتكفيه يمين واحدة يجمع فيها بين النفى و الإثبات لأنّها بوحدتها جامعة بين اليمينين، فيحلف و يقول لا حقّ له فى النصف الذى يدّعيه و النصف الآخر لى.

و احتمال وجوب يمينين مستقلّين إحداهما نافية و الأُخرى مثبتة لتعدّد السبب، المقتضى لتعدّد المسبب مدفوع بأنّ مثلها تنحلّ إلى يمينين فتكفى يمين واحدة.

و هل يتخيّر الحاكم فى الابتداء باليمين أو يقرع بينهما؟ وجهان و تظهر الفائدة فى تعدّد اليمين على المبتدئ على تقدير نكول الآخر «۱» بخلاف نكول المبتدئ فتكفى يمين واحدة من الآخر، و بما انّ تكليف المبتدئ أكثر من الآخر يقرع بينهما.

هذا التفصيل هو الذى ذكره الشهيد على القول بلزوم الحلف و إلّا فلو قلنا بعدم وجوبه يكون هذا التفصيل فاقداً للموضوع.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر ممّن ناقش فى لزوم الحلف ببيان موجز توضيحه: أنّ تصوير كلّ واحد منكراً بالنسبة إلى ما تحت يده، يتوقّف على أن يكون له يد على النصف المشاع كما فى الدابّة المركوبة لهما، أو الثوب الذى يلبسانه، و من المعلوم أنّ الاستيلاء على النصف المشاع فرع الاستيلاء على الكلّ حتّى يكون له استيلاء على نصف كلّ جزء من أجزاء العين، و استيلاء كلّ واحد منهما على

الکلّ بهـذا النحو یجعل کلًا منهما متـداعیاً لا مـدّعیاً و منکراً. و إلی ذلک یشـیر صاحب الجواهر بقوله: «ضـرورهٔ عـدم تعقّل کون الید علی النصف المشاع إلّا بکونها علی العین أجمع فی کلّ منهما، و حینئذ فلا مدّعی و لا مدّعی علیه منهما، ضـرورهٔ تساویهما فی ذلک إلی أن قال: و منه یظهر عدم کون کلّ منهما مدّعیاً لنصف الآخر

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۴

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۸۴

و مـدّعی علیه فی نصـفه کی یتوجّه التحالف بل المتّجه إلغاء حکم ید کلّ منهما بالنسـبهٔ إلی تحقّق کونه مدّعی علیه، و یکون کما لو تـداعیا عیناً لا یـد لأحـد علیها و لا بیّنهٔ لکلّ منهما فانّ القضاء حینئذ بالحکم بینهما لکون الدعوی کالید فی السـبب المزبور المحمول علی التنصیف بعد تعذّر إعماله فی الجمیع للمعارض الذی هو استحالهٔ اجتماع السببین علی سبب واحد.

یلاحظ علیه؛ بـأنّه یتمّ فیمـا لاـ یمکن التقسـیم کالدابّهٔ و الثوب فـإنّ الاستیلاـء علی النصف المشاع لا یتحقّق إلّا بالاستیلاء علی جمیع المبیع و هذا ینتج خلاف المطلوب أی یجعلهما متداعیین، و أمّا بالنسـبهٔ إلی العین القابلهٔ للتقسـیم کالدار ذات الطابقین، إذا سکن کلّ فی طابق خاص فثبوت الید علی النصف لا یتوقّف علی الاستیلاء علی الجمیع.

و الأولی فی نفی وجوب الحلف بادّعاء انصـراف الروایات إلی ما کانت الید مسـتقلّهٔ بالنسـبهٔ إلی الکلّ کما إذا کانت الید لواحد دون الآخر. و أمّا إذا کانت الیـد یداً غیر مسـتقلّهٔ کما هو المفروض فشـمول روایات الباب بالنسبهٔ إلیه بعید، و مقتضـی الأصل العملی عدم الحلف مضافاً إلی ما رواه الشـیخ عن قضاء النبیّ الأکرم صلَّی الله علیه و آله و سلَّم، و مع ذلک فالحکم القضائی بالتنصیف فی المقام لاـ یتحقق إلاـ بـالیمین أخـذاً بـالنبوی: «إنّمـا أقضـی بینکم بالأیمـان و البیّنـات» فـإن لم تتحقق الثانیـهٔ فلاـ محیص عن الأولی، فالحکم بالتنصیف حکم قضائی لا بدّ من الاستناد إلی إحداهما.

ب: إذا کانت الید لأحدهما دون الآخر

قضی بها للمتشبّث مع یمینه إن اتّهمه الخصم و هو أظهر أفراد قاعدهٔ: «البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من أنکر».

ج: و لو کانت فی ید ثالث و یدهما خارجهٔ عنها

اشارهٔ

لهذه الصورهٔ الأصلیهٔ الثالثهٔ أقسام:

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۸۵

۱- صدّق من فی یده أحدَهما.

۲- صدّق من فی یده کلیهما.

۳- إذا کذّبهما و قال لی، لا لکما.

۴- إذا قال هی لأحدکما و لا أعرف صاحبه عینه.

۵- لیست لی و لا أعرف صاحبها.

فإلیک دراسهٔ الأقسام:

أمّا القسم الأوّل: [أی إذا صدق من فی یده أحدهما]

إذا قلنا بنفوذ إقراره، يصير المقرّ له بالإقرار، كذى اليد، فيدخل هذا القسم، تحت الصورة الثانية الأصلية أى إذا كانت لأحدهما يد، دون الآخر و ليس هذا الإقرار، إقراراً على الغير، إذ لم يثبت له حقّ، حتّى يكون الإقرار على ضرره، بل هو إقرار على النفس لصالح الآخر و الفرق بين الاستيلاءين بكونه فى الثانية سابقاً على الدعوى، و فى المقام متأخّراً عن الدعوى غير مؤثّر لأنّ الأخذ بالإقرار يجعله كذى اليد، فيكون منكراً و المقرّ عليه مدّعياً، و يخرج المقِرّ عن كونه طرفَ الدعوى فيجرى ما ذكرناه فى ثانية الصور، من أنّ لمن ليس له اليد، إحلافَ من له اليد.

و إن شئت قلت: إنّ المقام عندئذ أشبه بالقضاء بشاهد (المقرّ) و يمين، أى يمين المقرّ له.

نعم للمقرّ عليه إقامةُ دعوى أُخرى على المقِرّ إذا اتّهمه بأنّه مع علمه بأنّ العين له، أقرّ للآخر و له إحلافه على ذلك، و لو نكل يغرم قيمة العين له.

أمّا القسم الثانى: أى إذا صدّق من بيده العين كليهما

فيدخل فى الصورة الأُولى الأصليّة أى إذا كانت لهما يد على العين فيجرى فيه ما ذكرناه فيها من التنصيف. عملًا بقاعدة العدل و الانصاف، و أمّا إحلاف كلّ منهما الآخر، فقد عرفت انصراف أدلّة لزوم حلف المنكر من مثل المورد، لما مرّ من انصرافه إلى ما

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۸۶

إذا كانت يد المنكر يداً مستقلّة، لا غير تامّة. و مع ذلك كلّه فالحكم القضائى لا بدّ أن يستمدّ من أحد الأمرين اليمين و البيّنة و بما أنّ المفروض فقدان الثانية فلا محيص عن اليمين.

و أمّا القسم الثالث: أعنى إذا كذّبهما

، أُقرّت فى يده لوجود اليد، و عليه الحلف لهما لكونهما مدّعيين و هو المنكر فإن حلف فهى له.

و أمّا إذا نكل: فإذا ردّ اليمين عليهما و حلفا، يكون كما إذا كان لهما يد على العين فيحكم بتنصيف العين و أمّا إذا حلف أحدهما دون الآخر فيحكم له و لو نكلا تترك العين عند ذى اليد، لعدم وجود الدليل على خلافه من البيّنة و الحلف، فما فى الجواهر من أنّه لو نكلا اقتسماه «۱» غير تامّ.

و أمّا القسم الرابع، أعنى ما إذا قال: هى لأحدهما و لا أعرف صاحبه بعينه،

فهنا احتمالان:

۱- الإقراع بين المدّعيين لتميز المالك عن غيره و هو خيرة العلّامة فى القواعد قال: «قرع بينهما لتساويهما فى الدعوى و عدم البيّنة» فمن خرجت القرعة باسمه حلف للآخر و كانت له.

۲- العمل بقاعدة العدل و الانصاف، و الحكم بالتنصيف و لعلّ الثانى أظهر و تؤيده رواية السكونى عن على عليه السَّلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثمّ مات على تلك الحال فقال على عليه السَّلام: «لو أقام البيّنة فله المال و إن لم يُقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان». «۲»

و أمّا القسم الخامس: أعنى ما إذا قال ليست لى و لا أعرف صاحبها،

فتخلع

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۰۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۵ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۸۷

يده عنها، و استيلائهما عليها، يدخلها تحت الصورهٔ الأُولى، أعنى ما إذا ادّعيا عيناً و لهما يد فيحكم بالتنصيف. و يمكن القول بالحلف فأيّهما حلف فهو له و إن حلفا يجعل بينهما نصفين أخذاً بمعتبرهٔ إسحاق بن عمّار «۱» فإنّها و إن وردت فيما إذا كانت لكلّ بيّنته لكن لو قلنا بتساقطهما يكون المقام من مواردها أيضاً لأنّ وجودهما و عدمهما سواء عندئذ فيكون الحكم الوارد فيهما عاماً للموردين. فلاحظ.

د: بقى الكلام فى الصورهٔ الرابعهٔ أعنى ما إذا لم يكن تحت يد واحد منهما

فهل المرجع هو الحلف كما فى صحيح اسحاق بن عمّار أو الإقراع كما فى المرسل عن أمير المؤمنين؟ و سيوافيك بيانه فى الصورهٔ الرابعهٔ للمسألهٔ الثانيهٔ فانتظر.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفيهٔ الحكم، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۸۸

المسألهٔ الثانيهٔ فى تعارض البيّنات

اشارهٔ

الثانيهٔ: قال المحقّق: يتحقّق التعارض فى الشهادهٔ ....

و قبل الدخول فى صلب الموضوع نقدّم أُموراً:

الأوّل: ما هو الملاک لحجّيهٔ البيّنهٔ؟

البيّنهٔ حجّهٔ لأجل كونها طريقاً إلى الواقع و إنّما تتّصف بها إذا لم يكن لها معارض، كما هو الحال فى الخبرين، فقول الثقهٔ طريق إلى الواقع بشرط أن لا يعارضه قول ثقهٔ آخر فالتعارض و إن كان غير مناف للطريقهٔ الشأنيهٔ لكنّه لا يجتمع مع الطريقهٔ الفعليهٔ، فلذلک صار الأصل فى المتعارضين التساقط و عدم الأخذ بهما و لا بواحد من الخبرين أو البيّنتين.

غير أنّه تضافرت الروايات على حجّيهٔ خبر الواحد عند التعارض إمّا بترجيح أحدهما على الآخر بنحو من المرجّحات أو بالتخيير بينهما عند عدم المرجّح فلولا روايات الترجيح و التخيير لكانت القاعدهٔ المحكّمهٔ فى المتعارضين منه هى التساقط.

و مثله البيّنهٔ فهى طريق فعلى لو لا التعارض، و معه ليست طريقاً فعلياً، و أمّا الطريق الشأنى بمعنى كونها طريقاً لو لا المعارض فهو و إن كان ثابتاً لكنّه ليس بمجد.

و على ضوء ذلک فالضابطهٔ فى تعارض البيّنات هى التساقط، غير أنّ السنّهٔ أمرت بإعمالها بنحو من الأنحاء التاليهٔ:

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۸۹

أ. إمّا بالأخذ بأرجح البيّنتين من حيث العدد و العدالهٔ.

ب. أو بإعمالهما بمعنى الأخذ بمضمونها حسب الإمكان و إن كانت إحداهما أرجح من الأخرى مثل صورة التعادل.

ج. أو بإعمال بيّنة الداخل، أى البيّنة الموافقة لقول ذى اليد و إهمال البيّنة المخالفة.

د. أو بإعمال بيّنة الخارج، أى الأخذ ببيّنة من ليست له يد و إهمال الأُخرى.

ه. أو القرعة، بين المدّعيين، فمن خرج اسمه تؤخذ بيّنته، و تهمل الأُخرى.

و لكلّ من هذه الأنحاء التى تريد حفظ حجّية البيّنة موارد خاصّة تمرّ عليك فإنّ موارد الأخذ بأرجح البيّنتين أو الأخذ بهما بقدر الإمكان غير مورد الأخذ ببيّنة الداخل أو الخارج، كما أنّ مورد القرعة غير مورد الأربعة، و الذى تجمعهم تحت مظلّة واحدة، محاولة الأخذ بالبيّنة بنحو من الأنحاء صيانة لها عن التساقط.

الثانى: فى أنّ مورد الروايات، الأعيان الشخصيّة.

الروايات الدالّة على إعمال البيّنتين مختصّة بما إذا كان النزاع فى الأعيان الشخصيّة، لا فى الذمم و العقود و غيرهما. غير أنّ الفقهاء أهملوا هذه الجهة التى نحن بصدد التركيز عليها فأخذوا بإطلاقها و وقعوا فى حيص و بيص، فجاءت الفتاوى مخالفة للفطرة السليمة و الأحكام العرفية التى يميل إليها الإنسان بصفاء فكره.

و لأجل أن يكون الادّعاء مدعماً بالبرهان، نذكر فى صدر البحث مجموعَ ما ورد حول تعارض البيّنات، و الغرض من سردها الأُمور التالية:

أ. الإحاطة بالروايات بمجموعها قبل الخوض فى الفروع، لتكون مقدّمة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۹۰

للإحاطة بأحكام الصور. حتّى يقيّد إطلاق بعضها بالقيد الوارد فى بعضها الآخر من حيث الترجيح أوّلًا، و اعتبار الحلف ثانياً، و الحاجة إلى القرعة ثالثاً فلا يعرف ذلك إلّا بالوقوف على الأحاديث دفعة واحدة.

ب. دراسة الروايات من الزاوية التى نحن بصدد بيانها و هى أنّ مورد الكلّ هو الأعيان الشخصية لا الذمم و العقود و غيرهما، بل يجب فى غير الأعيان الشخصية عرض المسألة على القواعد العامّة فى باب القضاء و هو التحالف فى التداعى و انفساخ العقد، و اليمين فى التنازع أى فى المدّعى و المنكر.

و النتيجة هو إهمال البيّنتين فى مورد التداعى و التنازع، إلّا إذا كان النزاع فى الأعيان الشخصية.

ج. الإيعاز إلى بعض التعارض الموجود بين الروايات و إليك سردها:

۱- خبر أبى بصير، قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السَّلام عن الرجل يأتى القوم فيدَّعى داراً فى أيديهم و يُقيم البيّنة و يقيم الذى فى يده الدار، البيّنةَ أنّه ورثها عن أبيه و لا يدرى كيف كان أمرها، قال عليه السَّلام: «أكثرهم بيّنة يُستحلف و تدفع إليه، و ذكر أنّ عليّاً عليه السَّلام أتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البيّنة لهؤلاء أنّهم أنتجوها على مِذْودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا، (و أقام هؤلاء البيّنة أنّهم انتجوها على مِذْودهم لم يبيعوا و لم يهبوا) فقضى عليه السَّلام بها لأكثرهم بيّنة و استحلفهم». قال: فسألته حينئذ فقلت: أ رأيت إن كان الذى ادّعى الدار قال: إنّ أبى هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقم الذى هو فيها بيّنة إلّا أنّه ورثها عن أبيه، قال: «إذا كان الأمر هكذا فهى للذى ادّعاها و أقام البيّنة عليها». «۱»

ترى أنّ مورد الرواية هو الدار الشخصية و قد تعارضت فيها البيّنتان فأمر

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، و أكثر ما سيمرّ بك من الأحاديث فهو من هذا الكتاب، و من هذا الجزء و الباب، و لذلك نختصر غالباً بالاشارة إلى الباب و رقم الحديث فقط. و ما بين القوسين يختلف لفظاً عمّا فى الوسائل.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۹۱

الإمام بالأخذ بأرجح البيّنتين فى الموردين.

۲- خبر إسحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام: «إنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابّة فى أيديهما و أقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها نتجت عنده فاحلفهما على عليه السّلام فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلِف، فقضى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلفَ و نكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً البيّنة؟ قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده». «۱»

إنّ الإمام حكم فيها بأحكام مختلفة حسب اختلاف الفروض، و لكن موضوع الجميع هو الدابّة التى هى من الأعيان الشخصية.

۳- خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم إليه رجلان فى دابّة و كلاهما أقاما البيّنة أنّه أنتجها فقضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين». «۲»

فالرواية تحمل حكمين، فتارة تحكم بالأخذ بإحدى البيّنتين و أُخرى بكلّ واحدة منهما، و النزاع فى الدابّة الشخصيّة.

۴- خبر جابر: «إنّ رجلين اختصما إلى رسول اللّه فى دابّة فأقام كلّ منهما البيّنة أنّه أنتجها، فقضى بها رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم لمن هى فى يده». «۳»

فالنبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم أمر بأخذ بيّنة الداخل عند التعارض و النزاع فى عين شخصية.

۵- خبر منصور، قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: رجل فى يده شاة فجاء رجل

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۳) المستدرك، ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵، رواه غوالى اللئالى، ج ۳، ص ۵۲۶، الحديث ۳۱. و رواه فى سنن البيهقى: ۱۰/ ۲۵۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۹۲

فادّعاها فأقام البيّنة العدول إنّها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذى فى يده بالبيّنة مثلهم عدول، إنّها ولدت عنده و لم يَبع و لم يَهب. فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: «حقّها للمدّعى و لا أقبل من الّذى فى يده بيّنة، لأنّ اللّه عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البيّنة من المدّعى فإن كانت له بيّنة و إلّا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر اللّه عزّ و جلّ». «۱»

ترى أنّ الإمام حكم بتقديم بيّنة الخارج خلافاً لحديث جابر، و الّذى يهمّنا تعيين موضع النزاع و هو الشاة المعيّنة.

۶- المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنّه قضى فى البيّنتين تختلفان فى الشىء الواحد يدّعيه الرجلان، أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلَت بيّنة كلّ واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأمّا إن كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان فى يدى أحدهما فإنّما البيّنة فيه على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه. «۲»

فقد حكم الإمام هنا بأحكام ثلاثة حسب اختلاف الفروض، و موردها عين شخصيّة بقرينة كونها بيديهما أو بيد أحدهما.

۷- الرضوى عليه السّلام: «فإذا ادّعى رجل على رجل عقاراً أو حيواناً أو غيره و أقام بذلك بيّنة و أقام الذى فى يده شاهدين فإنّ الحكم فيه أن يخرج الشىء من يد مالكه إلى المدّعى لأنّ البيّنة عليه». «۳» و سيوافيك ذيله برقم ۱۴.

و ظهور الرواية فى كون النزاع فى عين شخصية غير خفى، و مثله الخبر التالى.

۸- خبر تميم بن طرفة: إنّ رجلين ادّعيا بعيراً فأقام كلّ واحد منهما بيّنة فجعله أمير المؤمنين عليه السّلام بينهما. «۴»

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱۴.

(۲) النوری، مستدرک الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱.

(۳) النوری، المستدرک: ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۳.

(۴) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۹۳

و هناک روایات تؤکّد بالقرعهٔ، و سوف نحدّد موردها، و لکنّها بین خبر مجمل لا یحتج بإطلاقه و بین وارد فی الأعیان الشخصیهٔ. و إلیک ذلک القسم من الروایات و هی ثمان:

۹- خبر عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «کان علی علیه السّلام إذا أتاه رجلان یختصمان بشهود، عدلهم سواء و عددهم، أقرع بینهم علی أیّهما تصیر الیمین» إلی أن قال: ثمّ یجعل الحقّ للذی تصیر علیه الیمین إذا حلف». «۱»

الروایهٔ لیست بصدد بیان موضوع القرعهٔ حتّی یتمسک بإطلاقها، بل هی بصدد بیان أنّ من شرائط القرعهٔ مساواهٔ العدول عدالهٔ و عدداً، و أمّا أنّ القرعهٔ فی الأعیان الشخصیهٔ أو العقود و الذمم فلیس بصدد بیانها.

۱۰ موثقهٔ سماعهٔ: أنّ رجلین اختصما إلی علی علیه السّلام فی دابّهٔ فزعم کلّ واحد منهما انّها نتجت علی مِذوده و أقام کلّ واحد منهما بیّنهٔ سواءً فی العدد فأقرع بینهما سهمین فعلّم السهمین کلّ واحد منهما بعلامهٔ ثمّ قال: «اللّهمّ ربّ السّماوات السبع و ربّ الأرضیین السبع و ربّ العرش العظیم عالم الغیب و الشهادهٔ الرّحمن الرّحیم أیّهما کان صاحب الدابهٔ و هو أولی بها فأسألک أن یقرع و یخرج سهمه» فخرج سهم أحدهما فقضی له بها. «۲»

و الروایهٔ واردهٔ فی الدابّهٔ و هی عین شخصیهٔ.

۱- ۱ روایهٔ داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی شاهدین شهدا علی أمر واحد و جاء آخران فشهدا علی غیر الذی شهدا علیه و اختلفوا قال علیه السّلام: «یقرع بینهم فأیّهم قرع، فعلیه الیمین و هو أولی بالقضاء». «۳»

و لا یغرّنک لفظ «علی أمر واحد» فإنّه وارد علی لسان الراوی لا الإمام علیه السّلام،

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱۲.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۹۴

و علی کلّ تقدیر لیس السائل و المسئول بصدد بیان هذا الجانب، و إنّما یرید السائل معرفهٔ حلّ مشکلهٔ المتعارضین فأشار الإمام إلی القرعهٔ، و من یصار إلیه الیمین و أمّا ما محلّها فهل هو الأعیان الشخصیهٔ أو یعمّ العقود و الذمم؟ فلیس بصدد بیانه. و منها یظهر حال صحیح الحلبی التالی.

۲- ۱ صحیح الحلبی سئل أبو عبد اللّه عن رجلین شهدا علی أمر و جاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا قال: «یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین و هو أولی بالحقّ». «۱» فالروایهٔ بصدد بیان من یصار إلیه الیمین.

۳- ۱ روایهٔ زرارهٔ عن أبی جعفر قال قلت له: رجل شهد له رجلان بأنّ له عند رجل خمسین درهماً، و جاء آخران فشهدا بأنّ له عنده مائهٔ درهم، کلّهم شهدوا فی موقف. قال علیه السّلام: «أقرع بینهم ثمّ استحلف الّذین أصابهم القرع باللّه إنّهم یحلفون بالحقّ». «۲»

و الظاهر أنّ الرجل کان ودعیّاً و النزاع فی مقدار الدراهم المودوعهٔ، فیرجع النزاع إلی الأعیان الشخصیهٔ.

۴- ۱ الرضوی علیه السّلام: «فإن لم یکن الملک فی یدی أحد و ادّعی فیه الخصمان جمیعاً فکلّ من أقام علیه شاهدین فهو أحقّ به،

فإن أقام كلّ واحد منهما شاهدين فانّ أحقّ المدّعيين من عُدِّل شاهداه، فإن اسـتوى الشـهود فى العدالة فأكثرهم شـهوداً يحلف باللّه و يدفع إليه الشيء». «۳»

۵- ۱ خبر عبد اللّه بن سـنان: قال سـمعت أبا عبد اللّه عليه السَّلام يقول: «إنّ رجلين اختصما فى دابّة إلى علىّ عليه السَّلام فزعم ... إلى آخر ما فى موثّقة سماعة التى مرّت برقم (۱۰) بتفاوت يسير، ثمّ قال: و كان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان فى جارية فزعم

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۷.

(۳) النورى، المستدرک، ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴ و قد مرّ صدر ۵ برقم ۷.

أحدهما أنّه اشتراها و زعم الآخر أنّه أنتجها فكانا إذا أقاما البيّنة جميعاً قضى به للذى انتجت عنده». «۱»

و كون مورد الرواية عيناً شخصيّة لا يقبل الإنكار.

۶- ۱ مرسلة داود العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام: فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أنّ هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخران فشـهدا أنّها امرأة فلان فاعتـدل الشـهود و عـدلوا. فقال عليه السَّلام: «يقرع بينهم فمن خرج سـهمه فهو المحقّ و هو أولى بها». «۲»

و هذه الروايات الثمان الواردة فى العمل بالقرعة عند تعارض البيّنتين لا تتجاوز عن كون محلّها هو النزاع فى الأعيان الشخصية.

ثمّ إنّ السيّد الطباطبائى قد سلّم أنّ عنوان المسألة فى كلمات العلماء فى تعارض البيّنتين هو النزاع فى الأعيان و قال: و هو مورد غالب الأخبـار إلّـا أنّ الظاهر أنّ الحكم فى غير الأعيان أيضاً كـذلک كما إذا تنازعا فى دين خاص معيّن من جميع الجهات أو تنازعا فى أنّ الموصـى أوصـى بمائـة دينار مثلًا لزيـد أو لعمرو أو تنازعا فى منفعـة ملک أو فى حقّ من الحقوق كالتولية للوقف و حقّ الرهن و حقّ الخيـار أو تنازعـا فى نكـاح أو طلاـق أو نحو ذلـک لظهور الأخبـار فى المثاليـة كصـحيحة الحلبى و خبر داود بن سـرحان و خصوص بعضـها فى الـدين كخبر زرارة و بعضـها فى الزوجيّـة كخبر داود العطّـار و اختصـاص جملـة منها بالأعيان من حيث المورد لا يقتضـى اختصاص الحكم بها و إلّا فاللازم تخصـيص كلّ بخصوصه من البقرة أو الدابّة أو الجارية أو نحو ذلک، فالحكم فى الجميع واحد فى العمل بالمرجّح و مع فقده فالقرعة ثمّ الحلف. «۳»

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸.

(۳) السيّد الطباطبائى، الملحقات: ۲/ ۱۵۸.

يلاحـظ عليه: أنّ قيـاس النزاع فى العقود و النسب و المواريث بـالنزاع فى الأعيان قياس ممنوع، و ما ادّعى من الإطلاق فى الأخبار غير واضح.

أمّا صحيحة الحلبى فقد عرفت أنّها ليست فى مقام البيان من حيث سعة الموضوع و ضيقه و إنّما هو بصدد بيان استخراج من يصار إليه الحلف، و منه يظهر حال خبر داود بن سرحان حرفاً بحرف، فلاحظ ما ذكرنا.

و أمّا خبر زرارة فمورده هو الودعى لا الدين و لا أقلّ أنّ الأوّل هو المحتمل مثل الدين.

و أمّا خبر داود العطار فالنزاع فيه فى العين الخارجية و الزوجيّة المعيّنة.

ثمّ إنّ صاحب المستند قد اختار ما اخترناه و لکنّه عالج التعارض فی غیر الأعیان برفض بیّنة المنکر و العمل ببیّنة المدّعی، قال: «إنّ جمیع الأخبار المتضمّنة لسماع بیّنة المنکر أیضاً و مزاحمتها لبیّنة المدّعی کانت مخصوصة بالأعیان من الأموال فلا أثر لها فی غیرها إلی أن قال: فمورد التعارض الواقع فی غیر الأعیان إن کان ممّا یکون أحدهما مدّعیاً و الآخر منکراً تطرح بیّنة المنکر و یعمل بمقتضی بیّنة المدّعی». «۱»

و لکن سیوافیک أنّ بیّنة المنکر کبیّنة المدّعی حجّة جنباً إلی جنب فمقتضی القاعدة تساقطهما و الرجوع إلی الضوابط القضائیة.

الثالث: فی بعض الروایات الشاذة:

إنّ فی المقام روایات و قد عالج الإمام علیه السَّلام فیهما تعارض البیّنتین بشکل غیر ما ورد من الأنحاء الخمسة من الأخذ بأرجح البیّنتین أو التنصیف أو الأخذ ببیّنة الداخل أو بیّنة الخارج، أو العمل بالقرعة، و إلیک الروایتین الخارجتین عن ذلک

---

(۱) النراقی، المستند: ۲/ ۵۵۸.

الإطار، و لکن جمیعها ورد فی إطار خاص و هو النزاع فی الأعیان الشخصیة.

۷- ۱ خبر السکونی عن الصادق علیه السَّلام عن أبیه علیه السَّلام عن آبائه علیهم السَّلام: «إنّ علیّاً علیه السَّلام قضی فی رجلین ادّعیا بغلة فأقام أحدهما شاهدین و الآخر خمسة فقال علیه السَّلام: لصاحب الخمسة خمسة أسهم و لصاحب الشاهدین سهمین». «۱» و المضمون مناف لما دلّ علی الترجیح بالأکثریة فیطرح للإعراض إلّا عن أبی علی الإسکافی.

۸- ۱ ما عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام «فی رجل ادّعی علی امرأة أنّه تزوّجها بولیّ و شهود و أنکرت المرأة ذلک، فأقامت أُخت هذه المرأة علی رجل آخر البیّنة أنّه تزوّجها بولیّ و شهود و لم یوقتا وقتاً، إنّ البیّنة بیّنة الزوج، و لا تقبل بیّنة المرأة لأنّ الزوج قد استحقّ بضع هذه المرأة و ترید أُختها فساد النکاح فلا تصدق و لا تقبل بیّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو دخول بها». «۲»

الرابع: فی وجود التعارض الصریح بینها

اشارة

لا یخفی وجود التعارض بین الروایات و نشیر إلی موردین:

۱- فیما إذا کانت العین بیدهما

مقتضی معتبرة إسحاق أنّه یقضی للحالف، مع أنّ مقتضی روایة ابن طرفة و المرسل أنّها بینهما.

۲- فیما إذا کانت العین بید أحدهما

ففی حدیث إسحاق و خبر جابر و غیاث أنّه یقضی لصاحب الید مع أنّ

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۰.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۳.

مقتضی خبر منصور و المرسل و الرضوی الأوّل أنّه یقضی لغیره. و أمّا الاختلاف من حیث الإطلاق و التقیید فحدِّث عنه و لا حرج.
و علی کلّ تقدیر، الروایات الواردهٔ فی المقام مشوشهٔ جدّاً کفتاوی العلماء، غیر أنّک بفضله سبحانه تقف علی رفع التعارض عند دراسهٔ الصور.

الخامس: فی صور المسألهٔ

إنّ صور المسألهٔ أربع لأنّ العین إمّا أن تکون فی یدی المتداعیین، أو بید أحدهما، أو بید ثالث، أو لا ید علیها. و أقام کلّ واحد البیّنهٔ.
و الحقّ أنّ المسألهٔ من عویصات الفنّ و قد ألّف بعضهم رسالهٔ خاصّهٔ و المقصود من التعارض ما إذا کانت البیّنتان علی وجه لا یمکن الجمع بین مضمونیهما کأن تشهد إحداهما أنّ العین ملک لزید، و الأُخری علی أنّها ملک لعمرو کذلک، بخلاف ما إذا شهدت الأُولی بأنّها کانت ملکاً لزید أمس، و الثانیهٔ بأنّها ملک لعمرو الآن لعدم المنافاهٔ فی المضمون بعد کون الزمان متغایراً

إذا عرفت ذلک فلنشرع فی بیان أحکام الصور:

الصورهٔ الأُولی: إذا کانت العین بیدهما و لکلّ بیّنهٔ

اشارهٔ

ذهب المشهور من فقهائنا إلی أنّه یقضی بها بینهما نصفین، من دون إقراع و لا ترجیح بکثرهٔ العدالهٔ و العدد. قال ابن فهد: و أکثر المتأخرین لم یذکروا هذین المرجّحین إلّا فی القسم الثالث أعنی: خروج أیدیهما. «۱»
و قال فی المسالک: إذا تعارضت البیّنتان و کانت العین فی یدهما لا إشکال فی الحکم بینهما نصفین لکن اختلف فی سببه. «۲»

---

(۱) ابن فهد الحلی: المهذّب: ۴/ ۴۹۳.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۴۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۹۹

و قال فی الجواهر فی شرح قول المحقّق: «یقضی بینهما نصفین» من دون إقراع و لا ملاحظهٔ ترجیح بأعدلیهٔ أو أکثریهٔ بلا خلاف أجده بین من تأخّر عن القدیمین: الحسن و أبی علی «۱» بل صرّح غیر واحد منهم بعدم الالتفات إلی المرجّحات الآتیهٔ فی غیر هذه الصورهٔ. «۲»
و قال السیّد الطباطبائی: الأشهر التنصیف سواء تفاوتت البیّنتان عدالهٔ و عدداً أم اختلفتا و عن المفاتیح بلا خلاف و عن بعضهم الرجوع إلی المرجّحات من الأکثریهٔ أو الأعدلیهٔ و عن بعضهم: الحاجهٔ إلی الحلف أیضاً. «۳»
هذا هو القول المشهور و قد خالفه القدیمان و الصدوق و المفید.
و هؤلاء خالفوا إمّا بالرجوع إلی القرعهٔ، کما هو الظاهر من العمّانی أو بالرجوع إلی المرجح کما هو الظاهر من الثلاثهٔ الأخیرهٔ و إلیک نصوصهم:
۱- قال ابن أبی عقیل بالقرعهٔ بینهما و هی لکلّ أمر مشکل لأنّ التنصیف تکذیب للبیّنتین. «۴»
۲- قال ابن الجنید: إذا ساوت البیّنتان من حیث الوصف (العدالهٔ) و العدد یطلب من المدّعیین فإن حلف أحدهما استحقّ الجمیع و إن حلفا اقتسماها و إذا اختلفتا من حیث العدالهٔ و الأکثریهٔ یقرع فمن أخرجته القرعهٔ حلف و أخذ العین. ۵
۳- و قال الصدوق: فإن أقام کلّ واحد منهما البیّنهٔ فإنّ أحقّ المدّعیین من

(۱) کان علیه أن یضیف إلیهما الصدوق و المفید کما سیظهر.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۴۱۰.

(۳) السیّد الطباطبائی: ملحقات العروة: ۲/ ۱۵۶۱۵۵.

(۴) ۴ و ۵ مختلف الشیعة، کتاب القضاء، الفصل الثامن، المسألة الأُولی، ۱۴۱، و قد لخّصنا عبارة القدیمین.

عدل شاهداه و إن استوی الشهود فی العدالة فأکثرهم شهوداً. «۱»

۴- و قال المفید: إذا تنازع نفسان فی شیء إلی أن قال: و إن رجّح بعضهم علی بعض فی العدالة حکم لأعدلهما شهوداً ... و إن کان لأحدهما شهود أکثر عدداً حکم لأکثرهما شهوداً. «۲»

و لیعلم أنّ استنباط المخالفة من کلامهم مبنیّ علی الأخذ بإطلاق کلامهم الشامل للصورة الأُولی التی نحن بصدد بیان حکمها و إلّا فلا تظهر منهم المخالفة و لعلّ کلامهم فی غیر هذه الصورة.

الاستدلال علی قول المشهور

اشارة

إنّ الاعتماد علی هذا القول یتوقّف علی إثبات أُمور:

الأوّل: ما هو السبب للحکم بالتنصیف؟

الثانی: عدم الرجوع إلی سائر المرجّحات کالأکثریة عدداً أو عدالة أو القرعة و سائر المرجّحات التی سترد علیک عند البحث عن الصورة الثانیة من کون الشهادة علی الملک المطلق أو السبب.

الثالث: عدم الحاجة إلی الیمین.

و إلیک بیان الأُمور الثلاثة:

أمّا الأوّل: [ما هو السبب للحکم بالتنصیف؟]

فالحکم بالتنصیف لأجل أحد الأُمور التالیة:

۱- تساقط البیّنتین بسبب التساوی بقی الحکم کما لو لم تکن هناک بیّنة و هذا هو الأقوی عندی کما سیظهر آخر البحث.

(۱) الصدوق، المقنع، ۱۳۳، باب القضاء و الأحکام.

(۲) المفید، المقنعة، ۱۱۴، باب کیفیة سماع القضاء، البینات.

۲ حجیّة بیّنة الداخل دون بیّنة الخارج أو ترجیح بیّنة الداخل علی بیّنة الخارج بالید.

۳- حجّیة بیّنة الخارج دون بیّنة الداخل، لأنّ البیّنة للمدّعی لا للمنکر، و کلّ منهما مدّع بالنسبة إلی ما فی ید الآخر فیقضی لکلّ بما فی ید الآخر أخذاً ببیّنة المدّعی و طرحاً ببیّنة المنکر.

و النتیجة علی الجمیع و إن کانت واحدة، لکن الثمرة تظهر فی الیمین فلو قلنا بالأوّل أی تساقط البیّنتین، فلا بدّ لکلّ من یقضی له، من الیمین، لأنّ الدعوی لا تحسم إلّا بالبیّنة أو بالیمین فإذا طرحت الأُولی فلا محیص عن الثانی، فیحلف کلّ علی الآخر. و هذا بخلاف

الأخيرين لأنّ القضاء عليهما بالبيّنة، إمّا ترجيحاً لبيّنة الداخل على الخارج أى ترجيحاً لاحدى البيّنتين على الأخرى، أو طرحاً لبيّنة الداخل بناء على عدم حجّية بيّنة الداخل (المنكر) فى مقابل حجّية الخارج (المدّعى).

و قد ذكر المحقّق الأردبيلى مبانى التنصيف فى هذه الصورة و قال: لا إشكال حينئذ فى التقسيم بينهما نصفان، إنّما الإشكال فى سببه فيحتمل أن يكون سببه تعارضَ البيّنات و تساقطها فيكون (لكلٍّ واحد) ما كان فى يديهما و لا بيّنة، فيحلف كلّ واحد للآخر بالنفى، و يدفع خصمه عمّا فى يده، فيبقى ذلك له بيمينه.

و يحتمل أن يكون السبب تقديم بيّنة ذى اليد، فيرجّح كلّ واحد على الآخر بما فى يده بسبب البيّنة و اليد فلا يمين.

و يحتمل أن يكون كلّ واحد خارجاً بالنسبة إلى ما فى يد الآخر و معه البيّنة فيكون القول قوله، مثل من كان له بيّنة على ذى اليد و لا يمين حينئذ أيضاً و ظاهر كلامهم و هو الظاهر أيضاً مع قطع النظر عن الأخبار عدم اليمين و كون الحكم مستنداً إلى التساوى إذ لكلّ واحد يد و بيّنة فالعقل يحكم بالتساوى لعدم الترجيح و لا يمين، فإنّ اليمين فى عرف الشرع، إنّما هى مع عدم البيّنة و بدونها

نادرة فى صورة مخصوصة و ليس هذه منها. «۱»

و مع ذلك كلّه فالظاهر أنّ السبب هو تساقط البيّنتين، لا ترجيح بيّنة الداخل أو تقديم الخارج على الآخر و ذلك لوجهين:

۱- إنّ يد كلّ منهما على الكلّ لا على النصف، فما دلّ على تقديم بيّنة الخارج أو الداخل فيما إذا كان لأحدهما يد دون الآخر لا فى مثل المقام الذى لكلّ يد على الجميع غاية الأمر يد غير مستقلّة أى لها معارض، و على ضوء هذا، فبيّنة كلّ من المدّعيين بالنسبة إلى العين بيّنة الداخل.

۲- إنّ كلًّا من البيّنتين يشهد على كون المجموع لصاحبها، فالعمل بها فى النصف ليس عملًا ببيّنة الداخل أو الخارج، و هذا يكشف عن أنّ السبب، هو تساقط البيّنتين و رجوع الصورة إلى ما إذا لم يكن لأحدهما بيّنة، التى تسالم القول فيها بالحكم بالتنصيف. كما حقق فى محلّه

هذا كلّه حسب القواعد، و تدلّ على الحكم بالتنصيف عدّة روايات:

۱- إطلاق صحيح عبد اللّه بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك فقال: «أمّا الّذى قال هما بينى و بينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له، و أنّه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما». «۲» و كون الدرهمين تحت يدهما واضح و إطلاقه يعمّ ما إذا كان لهما بيّنة أو لم يكن خصوصاً لو قلنا بأنّ السبب هو سقوط البيّنتين فتكون الصورة داخلة تحت الخبر حقيقة أو حكماً.

۲- إطلاق مرسل محمّد بن أبى حمزة عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام نحوه. ۳

---

(۱) المحقق الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۲۲۸. و ما بين القوسين (لكلّ واحد) إضافة منّا للايضاح.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۹ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ۱ و اوعز إلى المرسل فى ذيل الحديث.

۳- صريح رواية ابن طرفة: إنّ رجلين ادّعيا بعيراً فأقام كلّ منهما بيّنة فجعله على عليه السَّلام بينهما. «۱»

۴- و مفهوم خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السَّلام اختصم إليه رجلان فى دابّة و كلاهما أقاما البيّنة أنّه انتجها فقضى للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين». ۲

وجه الاستدلال: إنّ لقوله: «لو لم تكن فى يده» حالتين، أن لا يكون لهما يد أبداً، أو كان لكليهما يد. كما هو المفروض فى المقام.

۵- المرسل عن أمير المؤمنين عليه السَّلام أنّه قضى فى البيّنتين تختلفان فى الشىء الواحد يدّعيه الرجلان، أنّه يقرع بينهما فيه إذا

عدلت بيّنة كلّ واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأمّا إن كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان و إن كان فى يدى أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه. ۳
۶- روايـة السكونى عن الصادق عن أبيه عليهما السّلام فى رجل استودع رجلًا دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها، قال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقسّم الآخر بينهما نصفين. ۴ وجه الاستدلال أنّ يد الودعى، يد المودعين فكأنَّ لكلّ واحد يداً على الدينار بضميمة ترك الاستفصال عن إقامة البيّنة و عدمها.
و هذه الروايات الست و إن كانت بعضها خاضعة للنقاش من إنكار الإطلاق، لكن المجموع من حيث المجموع كاف فى إثبات الحكم بالتنصيف.
و قال فى الجواهر ۵ مضافاً إلى إطلاق النبوى و لو كان مراده من النبوى ما

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴، ۳.
(۲) ۳ الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴، ۳.
(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱۲ من أحكام الصلح، الحديث ۱.
(۴) ۵ الجواهر: ۴۰/ ۴۱۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۰۴
نقله فى ص ۴۲۱، و مرّ برقم ۶ و هو المروى فى السنن «۱» و الخلاف «۲» و المستدرك «۳». فهو راجع إلى الصورة الثانية و إن كان مراده ما نقله فى صفحة ۴۰۲ فالمفروض فيه عدم البيّنة لهما.

و أمّا الثانى أى عدم العبرة بالمرجّح

لانّ الترجيح فرع وجود الحجّتين، و تساويهما، فعلى السبب الأوّل لا حجّة فى البين أصلًا و على الثالث الحجّة منحصرة ببيّنة الخارج و على الثانى و إن كان كلّ حجة لكن لا تساوى بينهما، لكون اليد مرجّحاً حتّى يتوقّف اختيار أحدهما على المرجّح.
إلى هنا ظهر أنّ القول المشهور مبنى على أحد هذه الأسباب الثلاثة و أنّ عدم الرجوع إلى المرجّحات لأجل عدم الموضوع له.
أضف إلى ذلك، أنّ بعض ما دلّ على التنصيف بلا مرجّح، يحكى عن الإمام فى مقام القضاء فلو كان الرجوع إلى المرجّح أمراً لازماً يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، و إنّما يجوز التأخير إذا كان الإمام فى مقام بيان الحكم، لا فى مقام تحقيقه و تجسيده فى الخارج.
و ما يظهر من إطلاق بعض النصوص السابقة الدالّة على الترجيح بكثرة العدالة، و العدد الشامل لهذه الصورة بإطلاقه لا بنصّه أو إطلاق الأدلّة الدالة على الترجيح بالقرعة الشامل لهذه الصورة، محجوج بالنصوص المتعاضدة من دون ملاحظة شىء من هذه المرجّحات، فما يظهر من السيّد الطباطبائى من الرجوع إلى القرعة فى هذه الصورة بل فى عامّة الصور، ممّا لا يمكن المساعدة معه و إنّما انفرد هو بهذه الفتوى بين العلماء على أنّ الظاهر من المرسل «۴» من أمير المؤمنين و الرضوى الثانى ۵ اختصاص القرعة بما ليس فى أيديهما و هو الذى استظهره السيّد

---

(۱) البيهقى، السنن: ۱۰/ ۲۵۵
(۲) الطوسى، الخلاف: ۳/ ۳۵۲، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۲.
(۳) النورى، المستدرك: الجزء ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵.
(۴) ۴ و ۵ مرّا برقم ۶ و ۱۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۰۵

الطباطبائی أیضاً فی ملحقاته.

و أمّا الثالث: أی عدم الیمین

فظاهر الروایات أنّ الحکم کذلک من غیر یمین و لعلّه لأجل أنّ الحکم القضائی فی المقام مستند إلی البیّنة، إمّا ترجیحاً کما فی السبب الثانی أو انحصاراً کما فی السبب الثالث علی ما عرفت علی خلاف المختار.

لکن مقتضی معتبر إسحاق بن عمّار عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام فی نفس هذه الصورة: «أنّ رجلین اختصما إلی أمیر المؤمنین علیه السَّلام فی دابّة فی أیدیهما، و أقام کلّ واحد منهما البیّنة أنّها نتجت عنده فأحلفهما علیّ علیه السَّلام فحلف أحدهما و أبی الآخر أن یحلف فقضی بها للحالف» «۱» هو القضاء للحالف مکان الحکم بالتنصیف إلّا أن یحلفا و فی سنده رجلان:

۱- غیاث بن کلوب قال الشیخ فی العدّة: إنّ العصابة عملت بروایاته فیما لم ینکر، و لم یکن عندهم خلافه. «۲» و قد عرفت وجود المخالف فی المورد من الروایات.

۲- الخشاب و هو لقب عدّة، منهم: الحجاج بن رفاعة و أحمد بن عیسی، و التواب بن الحسن، و الحسن بن موسی، و عمران بن موسی و ظاهر نقد الرجال للتفریشی انصرافه إلی الحسن بن موسی و لم یثبت. «۳» و لعلّ المراد هو أحمد بن عیسی بن جعفر العلوی الذی وثقه الشیخ فی رجاله. «۴» أو الحسن بن موسی الذی هو من وجوه الحدیث و لعلّ الثانی هو المتعیّن کما سیوافیک.

و مع ذلک فالاعتماد علی هذه الروایة، مع وجود المخالف المتضافر

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

(۲) الطوسی، العدّة: ۱/ ۵۶.

(۳) المامقانی، تنقیح المقال: ۳/ ۶۲.

(۴) الطوسی، الرجال: ۴۳۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۰۶

و إعراض المشهور، و اشتماله علی حکم شاذ فی ذیله کما سیوافیک فی الصورة الثالثة (إذا لم تکن ید واحد علیها) مشکل. و لأجله لم یعتمد المشهور علیها. و حکموا بالتنصیف بلا- یمین و قال فی الجواهر: إلّا أنّه خبر واحد، و فی سنده ما فیه، و المشهور نقلًا و تحصیلًا علی خلافه فلا یصلح تقییداً لما دلّ من النصوص علی التنصیف بدونه.

و لکن هناک شیء و هو أنّ الحکم القضائی لا بدّ أن یستند إلی البیّنة أو الیمین و بما أنّک عرفت، سقوط البیّنتین و أنّ التنصیف لیس عملًا بهما، فحسم مادة النزاع یتوقّف علی الیمین إلّا أن یکون الحکم بالتنصیف حکماً غیر قضائی بل حکماً شرعیاً ظاهریاً علی التنصیف فلیس التنصیف إلّا تصالحاً بین المتداعیین و إن کان الحکم الواقعی محفوظاً فی ظرفه فالأحوط لو لم یکن الأقوی الحکم بالتنصیف کما یقوله المشهور لکن مع التحالف و به تقیّد إطلاق سائر الروایات کما هو الحال إذا نکلا، نعم لو حلف واحد منهما دون الآخر یختصّ به.

هذا و قد اختار السیّد الأُستاذ فی هذه الصورة قول المحقق و قال: و إن کان فی یدهما فیحکم بالتنصیف بمقتضی بیّنة الخارج و عدم اعتبار بیّنة الداخل. «۱»

ثمّ إنّ المحقّق الأردبیلی اختار فی هذه الصورة التنصیف أوّلًا ثمّ عدل إلی الترجیح بالحکم للأعدل و الأکثر، و مع کون أحدهما أعدل و الآخر أکثر، احتمالات ثالثها القرعة و الیمین کما فی صورة الیمین للجمع بین الأخبار فإنّ بعضها مطلقة و بعضها مقیّدة فتحمل

الأولى على الثانية. «۲»

(۱) الإمام الخمينى: تحرير الوسيلة: ۲/ ۴۳۳، المسألة ۸.

(۲) المحقق الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۲۲۵ و ۲۳۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۰۷

الصورة الثانية: إذا كانت العين بيد واحد منهما و لكلّ بيّنة

اشارة

إنّ لهذه الصورة حالات ذكرها المحقّق فى الشرائع و نقدّم التعرّف عليها ثمّ نبحث عن حكم كلّ حالة مستقلًا:

۱- إذا شهدت البيّنتان بالملك المطلق.

۲- إذا شهدت البيّنتان بالسبب كالنتاج فى الحيوان.

۳- إذا شهدت بيّنة ذى اليد بالسبب و بيّنة الآخر بالملك المطلق.

۴- عكس الحالة الثالثة بأن شهدت بيّنة ذى اليد بالملك المطلق و بيّنة الآخر على السبب.

و إليك البحث فى كلّ واحدة.

إنّ فى هذه الصورة حسب اختلاف الحالات الأربع أقوال كثيرة أنهاها المحقّق النراقى فى المستند إلى تسعة. «۱» فكثرة الأقوال راجعة إلى اختلاف الحالات.

و ربّما يوجد فى المسألة أقوال أُخر و تردّد جماعة فى المسألة أيضاً كما فى الدروس و اللمعة و المسالك و الكفاية. «۲»

امّا الحالة الأُولى [إذا شهدت البيّنتان بالملك المطلق.]

اشارة

ففيها أقوال أربعة:

۱- تقديم بيّنة الخارج

قال المحقق: يقضى بها للخارج دون المتشبّث، أى يحتجّ ببيّنة الخارج و هى بيّنة غير ذى اليد و تترك بيّنة الداخل و هى بيّنة ذى اليد و هو خيرة المحقق فى

(۱) النراقى، المستند: ۲/ ۵۵۵۵۳.

(۲) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۰۸

الشرائع و ألمح إليها الشيخ الطوسى فى الخلاف فى آخر كلامه. قال: و قال أحمد بن حنبل لا أسمع بيّنة صاحب اليد بحال فى أىّ مكان كان، و قد روى ذلك أصحابنا أيضاً. و تحقيق الخلاف مع أبى حنيفة هل تسمع بيّنة الداخل أم لا، عند الشافعى تسمع، و عنده لا تسمع و الفقهاء يقولون بيّنة الداخل أولى و هذه عبارة فاسدة إلى أن قال: و هذه المسألة ملقّبة به بيّنة الداخل و الخارج فانّ الداخل

من كانت يده على الملك و الخارج من لا يد له عليه. «۱»

و قال فى المبسوط: إذا تنازعا داراً يد أحدهما عليها، فأقام من هى فى يديه البيّنةَ أنّها ملكه، و أقام الخارج البيّنةَ أنّها ملكه و أنّه أودعها إيّاها أو آجرها فالبيّنة بيّنة الخارج لأنّ اليد له فإنّ بيّنته أثبتت أنّ يد من هى فى يديه نائبة مناب يد الخارج و قائمة مقامه، فاليد له فكانت بيّنة صاحب اليد أولى كما لو أقام الخارج البيّنة أنّها له و أنّه غصبه إيّاها كان عليه ردّها و كذلك هاهنا. «۲»

و قال ابن إدريس: إذا تنازعا عيناً و هى فى يد أحدهما و أقام كلّ

---

(۱) الخلاف، ج ۳/ ۳۵۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۲.

(۲) المبسوط: ۸/ ۲۹۹ و لا- تظن التهافت بين قوله: «فالبيّنة، بيّنة الخارج» و قوله: «لأنّ اليد له» لأنّ كون صاحب بيّنة الخارج ذا يد حسب ما قرّر، تنزيلى لا حقيقى كما يشير إليه قوله: «فإنّ بيّنته أثبتت».

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۰۹

واحد منهما بيّنة بما يدّعيه من الملكيّة، انتزعت العين من يد الداخل و اعطيت الخارج، و كانت بيّنة الخارج أولى، و هى المسموعة سواء أشهدت بيّنة الداخل بالملك بالإطلاق أو بالأسباب بقديمه أو بحديثه كيفما دارت القصّة فإنّ بيّنة الخارج أولى على الصحيح بالمذهب و أقوال أصحابنا و لقوله عليه السّلام: المجمع عليه من الفريقين المخالف و المؤالف الملتقى عند الجميع بالقبول و هو «البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه»، فقد جعل عليه السّلام البيّنة فى جنبة المدّعى بغير خلاف «۱».

و قال الشهيد الثانى: إذا كانت العين المتنازع فيها فى يد أحدهما و أقام كلّ واحد منهما بيّنة ففى ترجيح أيّهما أقوال أحدها ترجيح الخارج مطلقاً سواء أشهد بالملك المطلق أم المقيّد بالسبب بأن شهدت إحداهما بالملك المطلق و الأُخرى بالسبب، ذهب إلى ذلك الصدوقان و سلّار و ابن زهرة و ابن إدريس و الشيخ فى موضع من الخلاف. «۲»

و لنقتصر بهذا المقدار من أصحاب هذا القول.

استدلّ لهذا القول بوجوه:

۱- المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام فى البيّنتين تختلفان فى الشىء الواحد يدّعيه الرجلان: أنّهما يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كلّ منهما و ليس فى أيديهما. فأمّا إن كان فى أيديهما فهو نصفان. و إن كانت فى يد أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه. «۳»

و محل الاستشهاد ذيله أعنى قوله: «و إن كانت فى يد أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعى» و مورده إذا كان لكلّ واحد من ذى اليد و غيره بيّنة لأنّ السؤال عن البيّنتين تختلفان فى الشىء الواحد، فقد أجاب الإمام بثلاثة أجوبة على ثلاث صور: ۱ الإقراع إذا لم يكن فى أيديهما و عدلت بيّنة كلّ منهما. ۲ التنصيف إذا كان فى أيديهما. ۳ تقديم بيّنة المدّعى إذا كانت فى يد أحدهما. فلا معنى لحمل الذيل على ما إذا كانت البيّنة لخصوص المدّعى و على أىّ حال فالرواية مرسلة تصلح للتأييد و الاعتضاد.

۲- خبر محمّد بن حفص «۴» عن منصور بن حازم قال: قلت لأبى عبد

---

(۱) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۸.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۳۴.

(۳) النورى، مستدرك الوسائل: ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۴) و محمّد بن حفص بن عمر وكيل الناحية الثقة غير محمّد بن حفص الراوى عن منصور بن حازم إذ هما يختلفان طبقة فلا يمكن لوكيل الناحية المقدّسة الرواية عن الإمام الصادق عليه السّلام بواسطة فرد كمنصور بن حازم.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۱۰

اللّه علیه السَّلام: رجل فی یده شاة فادعاها فأقام البیّنة العدول انّها ولدت عنده و لم یهب و لم یبع و جاء الذی فی یده بالبیّنة مثلهم عدول انّها ولدت عنده لم یبع و لم یهب فقال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: «حقّها للمدّعی و لا أقبل من الذی فی یده بیّنة لانّ اللّه عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البیّنة من المدّعی، فإن کانت له بیّنة و إلّا فیمین الذی هو فی یده. هکذا أمر اللّه عزّ و جل». «۱»

و دلالة الحدیث لا غبار علیه إلّا أن یقال أنّه لا صلة له بالحالة الأُولی لأنّ البیّنتین شهدتا بالسبب حیث قالوا انّها ولدت عنده و هو خلاف المفروض أعنی الشهادة علی الملک المطلق و إنّما یصحّ به الاستدلال علی الصور الآتیة اللّهمّ إلّا إذا قلنا بما قاله ابن إدریس من أنّ التفصیل بین الشهادة بالملکیة و الشهادة بالسبب غیر مؤثر و إنّ هذه التفاصیل من فقهاء العامة کما یظهر من الخلاف و سیوافیک حقّ المقال فیها عند دراسة القول الخامس و علی أیّ حال فالروایة ضعیفة.

۳- الحدیث النبویّ: «البیّنة للمدّعی و الیمین علی من أنکر» و قد قرر دلالته ابن إدریس فی کلامه کما مرّ و قال الشهید الثانی: وجه الدلالة انّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم جعل لکلّ واحد منها حجّة فکما لا یمین علی المدّعی، لا بیّنة للمدّعی علیه، و التفصیل یقطع الشرکة و فی هامش المسالک یقول: لانّ قوله علیه السَّلام یدل علی انّ کلّ واحد من المدّعی و المنکر مخصوص بشیء و لیس للمنکر شرکة مع المدّعی فی البیّنة. و فیه بحث یظهر بالتأمّل الصادق. «۲»

و قد أشار صاحب الجواهر إلی وجه التأمل و قال: ضرورة عدم دلالته علی أزید من استحقاق المدّعی علی المنکر الیمینَ دون البیّنة بخلاف المنکر، فانّ له علی المدّعی البیّنة، و هو غیر (عدم) قبول البیّنة من المنکر و لو فی الجملة، المستفاد

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۴.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۴ قسم الهامش.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۱۱

مما تسمعه من نصوص الباب و فتاوی الأصحاب. «۱»

و حاصل النظر انّ مورد النص أو المتیقن هو ما إذا کان للمدّعی بیّنة دون الآخر و أمّا إذا کانت لهما بیّنة فلیس الحدیث ناظراً إلی ردّ بیّنة المنکر. و سیأتی توضیحه عند نقل القول الثانی.

۴- ما ورد فی الفقه الرضوی: «فإذا ادّعی رجل علی رجل عقاراً أو حیواناً أو غیره، و أقام بذلک بیّنة، و أقام الّذی فی یده شاهدین فانّ الحکم فیه أن یخرج الشیء من ید مالکه إلی المدّعی، لانّ البیّنة علیه». «۲»

و الفقه الرضوی یصلح لأن یکون مؤیّداً إذا قام علی الحکم دلیل صالح قابل للاعتماد. و قد عرفت عدم قیامه.

إلی هنا تبیّن أنّه لیس لهذا القول دلیل یعتمد علیه فمن مرسل یرویه المحدث النوری فی مستدرکه، إلی ضعیف فی سنده، کمحمّد بن حفص، إلی حدیث صحیح کالنبوی المجمع علیه لکنّه یفقد الدلالة، إلی ما یصلح للتأیید، لا للاحتجاج کالرضویّ و مع ذلک فإنّ هذا القول خیرة أکثر الفقهاء و السیّد الأُستاذ فی تحریره.

۲- تقدیم بیّنة الداخل

اشارة

و قد اختار الشیخ فی الخلاف هذا القول و قال: إذا ادّعیا ملکاً مطلقاً و ید أحدهما علی العین کانت بیّنته أولی و کذلک إذا أضافاه إلی سبب، فإن ادّعی صاحب الید الملک مطلقاً و الخارج أضافه إلی سبب کانت بیّنة الخارج أولی و به قال الشافعی «۳» و قد استدل لهذا القول بوجوه:

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۱۷. و لعلّه سقط لفظ «العدم».

(۲) النورى، مستدرك الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۳) الخلاف: ۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، ۳۵۳، المسألة ۲ و قد تقدّم أنّ الشيخ أفتى بخلافه.

منها: رواية جابر و قد استدلّ بها الشيخ فى الخلاف فقال: إنّ رجلين اختصما إلى رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم فى ناقة فقال: كلّ واحد منهما نتجت هذه الناقة عندى و أقام كلّ منهما بيّنة فقضى بها رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم للذى هى فى يديه. «۱»

و يظهر من سنن البيهقى أنّ هذا الرأى كان رائجاً أيّام قضاء شريح حيث نقل بسنده أنّ رجلين اختصما إلى شريح فى دابّة فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها له و أنّه انتجها فقال شريح: هى للذى فى يديه، النتاج أحقّ من العارف. «۲»

و لكن الاستدلال برواية جابر يرجع إلى الصور الآتية، أعنى الشهادة بسبب الملك و المفروض فى المقام هو الشهادة على أصل الملك إلّا أن يقال بعدم الفرق بين الصور، و أنّ هذه التفاصيل، راجعة إلى فقهاء العامّة و القيد ورد فى السؤال دون كلام النبيّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم.

و منها: معتبرة إسحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام: «أنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين فى دابّة فى أيديهما و أقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها نتجت عنده، حلّفهما علىّ فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف منهما.

فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ فقال: أحلِّفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين.

قيل: فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً البيّنة؟ قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده». «۳»

و محلّ الاستشهاد هو السؤال الثالث، و أمّا السند ففيه غياث بن كلوب و هو ممن عملت العصابة برواياته فيما لم ينكر و لم يكن عندهم خلافه. «۴»

فى تلك المسألة و لا يظهر ما هو المختار عنده

(۱) نفس المصدر.

(۲) البيهقى، السنن: ۱۰/ ۲۵۶ و ما رواه الشيخ عن جابر فى الخلاف يختلف لفظاً مع ما نقلناه عن السنن.

(۳) مرّ برقم ۲.

(۴) الطوسى، عدة الأُصول: ۱/ ۵۶.

و إسحاق بن عمّار ثقة و قد وصفه الشيخ بها فى الفهرست. «۱»

و الخشاب و هو الحسن بن موسى الخشاب قال النجاشى من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم و الحديث. «۲»

و منها: رواية غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام: «إنّ أمير المؤمنين اختصم إليه رجلان فى دابة و كلاهما أقاما البيّنة أنّه انتجها فقضى بها للذى فى يده». «۳»

و الرواية معتبرة و أمّا غياث بن إبراهيم التميمى الأسدى فقد وثّقه النجاشى و لكن مورد الرواية فيما إذا شهد على السبب مع أنّ البحث فيما إذا شهدا على الملك المطلق. و سيوافيك عدم الخصوصية له. و ظاهر إطلاق رواية غياث عدم الحاجة إلى الحلف فيقيّد بما ورد فى معتبرة إسحاق فتكون النتيجة هو أنّ العين لذى اليد مع يمينه.

فإذا كان المعتمد هو رواية ابن عمّار فيقيد بها إطلاق رواية «غياث» حيث لم يذكر فيها الحلف.

القضاء بين القولين:

إذا دار الأمر بين الأخذ بين القولين، فالقول الثانى، أحقّ بالأخذ لوجود حديثين معتبرين كرواية إسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم، و إن كانت الأُولى تشمل على حكم شاذ كما سيوافيك فى الصور الآتية فلا يجوز العدول عنهما، بالروايات الضعاف، كما عرفت، و جبران ضعفها بعمل المشهور، لا يجعلها عدلًا للروايات المعتبرة على أنّ فتوى المشهور غير واضحة و المسألة مشوّشة جدّاً من حيث الفتوى و الحاصل أنّ المرسل عن على عليه السَّلام، و خبر منصور بن حازم

---

(۱) الطوسى، الفهرست: ۳۹.

(۲) النجاشى: الرجال، برقم ۸۴.

(۳) مرّ برقم ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۱۴

و الموجود فى الفقه الرضوى، لا تعادل صحيح إسحاق بن عمّار، و معتبر غياث بن إبراهيم.

فلم يبق فى المقام إلّا الاستناد بالنبوى فى مدلوله السلبى و هو عدم حجّية بيّنة المنكر و لكن كونه حاملًا لهذا المعنى السلبى، غير واضح جدّاً فإنّ المتبادر منه بيان الوظيفة الأوّلية للمدّعى و المنكر، و إلّا فلا مانع من سماع البيّنة للمنكر أيضاً، كما أنّ للمدّعى اليمين المردودة، و اليمين الذى هى جزء البيّنة، و اليمين الاستظهارى و أيضاً يمكن أن يقال: القدر المعلوم من الحديث أنّه لا يُلْزم المنكر بالبيّنة و إنّما يلزم باليمين لا أنّه لا تقبل من البيّنة. «۱»

أضف إليه أنّه كيف يمكن نفى حجيّة بيّنة المنكر مع دلالة بعض الروايات على صحّة الاحتجاج بها؟ نظير:

۱- صحيح حمّاد بن عثمان قال: بينما موسى بن عيسى فى داره التى فى المسعى، يشرف على المسعى إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السَّلام مقبلًا من المروة، على بغلة فأمر ابن هياج رجلًا من همدان منقطعاً إليه أن يتعلّق بلجامه و يدّعى البغلة فأتاه فتعلّق باللجام و ادّعى البغلة، فثنّى أبو الحسن رجله، و نزل عنها و قال لغلمانه: «خذوا سرجها و ادفعوا إليه» فقال: و السرج أيضاً لى فقال: «كذبت عندنا البيّنة بأنّه سرج محمّد بن على و أمّا البغلة فأنا اشتريناها منذ قريب و أنت أعلم و ما قلت». «۲» فإنّ بيّنة الإمام على أنّ السرج له، بيّنة المنكر.

۲- ما رواه حفص بن غياث عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: قال له رجل إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنّه له قال: «نعم». «۳» و من المعلوم أنّ المقصود الشهادة، فى وقت النزاع، فى غيره.

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۵۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۱۵

و لعلّ فى صحيح حمّاد بن عثمان، عن أبى عبد اللّه فى حديث فدك «۱» إشعاراً بذلك حيث إنّ الإمام اعترض على أبى بكر بأنّه يفرق بينه و بين الناس فعند ما يكون الإمام مدّعياً و غيره منكراً، يطلب منه البيّنة و عند ما يكون الإمام منكراً و غيره مدّعياً، يطلب منه البيّنة أيضاً، فما هو الوجه فى هذا التفريق، و الإمام يركّز على بطلان التفريق و لو كان بيّنته المنكر، غير مقبول مطلقاً، لكان هو أولى بالإنكار مع أنّ الإمام لم ينكر عليه و إنّما أنكر، على التفريق.

فهذه الروايات تؤكّد على حجّية بيّنة المنكر كبيّنة المدّعى، أضف إلى ذلك إطلاقات أدلّة البيّنة، بلا تقييد بالمدّعى. بل يمكن استفادة حجّيته من رواية أبى بصير «۲»، حيث رجّح إحداهما على الأخرى بالأكثرية، و من ذيل رواية إسحاق ابن عمّار و موردهما نفس الصورة التى نحن فيها حيث رجّحها على الأُخرى باليد و الترجيح آية حجّية المتعارضين فى حدّ نفسهما.

فالقول بتقديم بيّنة الداخل، لتأيّدها باليد هو الأوفق بالقواعد، و الأنسب لدى العقلاء فإن أخذ العين من ذى اليد مع بيّنته، و دفعها إلى المدّعى بحجّة أنّ البيّنة للمدّعى، مما لا يقبله الذوق السليم و العقل الصريح بشرط الحلف على ما ورد فى رواية ابن عمّار.

۳- تقديم بيّنة الخارج عند التساوى و الأكثر عدداً فى غيره

و قد نسب هذا القول إلى الصدوقين و المفيد فحكموا بترجيح بيّنة الخارج عند التساوى و تقديم ذات الترجيح عند وجوده فالترجيح بالعدالة عند الصدوق، و بالأكثرية عند المفيد .. و ذلك لخبر أبى بصير قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السَّلام عن

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۲) مرّ برقم ۱.

الرجل يأتى القوم فيدّعى داراً فى أيديهم و يقيم البيّنة، و يقيم الذى فى يده الدار البيّنة أنّه ورثها عن أبيه و لا يدرى كيف كان أمرها، قال: «أكثرهم بيّنة يستحلف و تدفع إليه، و ذكر أنّ علياً عليه السَّلام أتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البيّنة لهؤلاء أنّهم انتجوها على مِذْودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا و قامت البيّنة لهؤلاء بمثل ذلك فقضى عليه السَّلام بها لأكثرهم بيّنة و استحلفهم». «۱»

و الرواية صحيحة و شعيب الوارد فى السند هو شعيب العقرقوفى هو ابن أُخت أبى بصير يحيى بن القاسم راوى الحديث عن الإمام. قال النجاشى: ثقة عين «۲». و لكن الرواية قاصرة عن إفادة تمام المدّعى، لأنّها صريحة فى لزوم الترجيح بالأكثر عدداً و أمّا لزوم تقديم بيّنة الخارج عند التساوى فلا دلالة لها عليه، غاية ما يمكن أن يقال أنّه يقيّد القول الثانى المختار بمضمون هذه الرواية، و تصير النتيجة هو تقديم بيّنة الداخل إلّا إذا كان هناك ترجيح من حيث العدد لبيّنة الخارج، نعم النسبة بينها و بين ما دلّ على تقديم بيّنة الداخل عموم من وجه.

و ذلك لعدم التعارض بينهما فى المتساويين، و لا فيما إذا كانت بيّنة الداخل ذات ترجيح، و إنّما يتعارضان فيما إذا كانت بيّنة الخارج ذات الترجيح فعلى ما سبق تقدّم بيّنة الداخل، و على ما ذكر فى الحديث تقدّم بيّنة الخارج. فأيّهما يقدّم؟ فيه وجهان، بما أنّ القول بتقديم ذات الترجيح موجب للجمع بين الروايات، يكون الأخذ به أولى.

۴- تقديم ذى اليد مع الحلف أو إبائهما

و هذا القول مروى عن ابن الجنيد قال: فإن حلفا جميعاً أو أبيا أو حلف

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) النجاشى، الرجال: برقم ۵۱۸.

الذى فى يده كان محكوماً للذى هى فى يده بها. فإن حلف الذى ليست فى يده و أبى الذى فى يده أن يحكم، حكم بها للحالف.

و لعلّ وجه الحلف، مع كون البيّنة كافية فى إثبات الحقّ لمن كانت له، هو أنّ المراد من التقديم تعيّن من يُقدَّم قوله منهما و كونه

بمنزلـة المنکر، لا لکون البیّنـة حجّـة فعلیة فی إثبات الحقّ ففائدته جعل من قُدِّمت بیّنته بمنزلة المنکر و حینئذ یحتاج إلی الحلف علی قاعدة المدّعی و المنکر. «۱»

و لو قلنا بلزوم الحلف، تکون نتیجة الجمع بین الأقوال الثلاثة: الثانی و الثالث و الرابع، هی تقدیم بیّنة الداخل لدی التساوی مع الحلف علی النحو المذکور، و تقدیم الأکثر عدداً، عند عدم التساوی ثمّ الحلف و بذلک یجمع بین الأقوال الثلاثة الأخیرة.

إلی هنا تمّ الکلام فی الحالة الأُولی بأقوالها الأربعة و إلیک الکلام فی الحالات الثلاث الباقیة:

الحالة الثانیة: إذا شهدتا بالسبب

إنّ البیّنة تارة تشـهد علی المسبّب کالملک من دون أن تذکر سـببه و أُخری تشهد علی السبب کالنتاج و الاشتراء و الصیاغة، و النسج من قطن المالک.

ثمّ السبب بین ما لا یتکرّر کالنتاج إذ لا یمکن أن تتولّد الدابّة مرّتین، و ثوب قطن و أبریسم فإنّه لا یمکن نسجهما دفعتین، و ما یتکرّر کآنیـة الذهب و الفضّة و الصـفر و الحدید إذ یصحّ لکلّ واحد أن یقول صـیغ فی ملکی و کذلک ما یمکن نسـجه مرّتین کالصوف و الخزّ.

إذا علمت ذلک فاعلم أنّ هناک تفاصیل فی فقه العامة بین الشهادة

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۵۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۱۸

بالسبب و الشـهادة بالملک المطلق، و من السبب بین ما لا یتکرّر و ما یتکرّر «۱» و لیس فی أخبارنا شـیء من هذه التفاصیل و لو جاء فی بعضـها ذکر السـبب فإنّما جاء لبیـان منشـأ الـدعوی لا ـ أنّه دخیـل فی الحکم مضافاً إلی أنّه ورد فی کلام السائل فلا تسـتفاد منها المدخلیـة. و مع ذلـک فقـد تـأثّر بعض الأصـحاب من هـذه الفتـاوی و جاءوا ببعض التفاصـیل التی ذکرها المحقق و نکتفی بما ذکره المحقق الذی منها هذه الحالة الثانیة أی إذا شهدتا بالسبب ففیه قولان:

۱- تقدّم بیّنة الداخل و هو المحکی عن کتابی التهذیب و الاستبصار للشیخ، و قد استدلّ له بما تقدّم من صحیح إسحاق بن عمّار «۲»، و معتبر غیـاث بن إبراهیم ۳، و روایة جابر ۴ و أنت خبیر بعـدم دلالتهـا علی مـا رامه فإنّ القیـد ورد فی الأوّلیین فی سؤال الراوی و قد ذکر لبیان منشأ الـدعوی و علّتها لا أنّ لها دخلًا فی الحکم و تقرب منهما روایة جابر، و لأجل ذلک فالأولی الاسـتدلال بها علی تقدیم الید المتصرّفة علی غیرها مطلقاً، لا الجمود علی صورة ورود السبب فی الشهادة کما هو المختار.

۲- و من الأصـحاب من رفض هـذه الروایات و قال بالأخـذ ببیّنـة الخارج قائلًا بأنّه لا بیّنة علی ذی الید کما لا یمین علی المدّعی عملًا بقوله صـلّی الله علیه و آله و سلّم: «الیمین علی من أنکر» و التفصیل قاطع للشرکة و قد وصفه المحقق بأنّه أولی لکن عرفت عدم دلالة النبویّ علی المفهوم السلبی، فالأولی الأخذ بهذه الروایات مع إلغاء قیدیة ورود السبب.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ الضابطـة عنـد القائل بهذا التفصـیل تقدیم بیّنة الخارج إلّا فی هذه الصورة إذا شـهدتا بالسـبب فتقدم بیّنة الداخل، فلو ورد السبب فی بیّنة

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب الدعاوی و البیّنات، المسألة ۲.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲ و ۳.

(۳) ۴ البیهقی، السنن: ۱۰/ ۲۵۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۱۹

الداخل دون الأُخرى، فلا محيص له عن الالتزام به لأنّ ذكر السبب إذا كان موجباً لترجيح ذى اليد، إذا شهدتا بالسبب فليكن كذلك مطلقاً و على ذلك فلو كانت بيّنة الخارج غير مشتملة على ذكر السبب و كانت بيّنة الداخل مشتملة عليها فطبع الحال يقتضى تقديم الثانية و هى الحالة الثالثة الّتى نتلوها.

الحالة الثالثة: إذا شهدت بيّنة ذى اليد بالسبب و الخارج بالملك

فتقدم بيّنة الداخل أيضاً كالحالة الثانية و هو الظاهر من الشيخ فى نهايته «و متى كان مع واحد منهما يد متصرّفة، فإن كانت البيّنة تشهد بأنّ الحقّ ملك له فقط و تشهد الآخر بالملك أيضاً انتزع الحقّ من اليد المتصرّفة و أعطى اليد الخارجة و إن شهدت البيّنة لليد المتصرّفة بسبب الملك من بيع أو هبة أو معاوضة كانت أولى من اليد الخارجة. «۱» و قال: فإنّه يقضى لصاحب اليد.

و لعلّ مستند الشيخ هو خبر عبد اللّه بن سنان ففيه عن على عليه السَّلام: إذا اختصم إليه الخصمان فى جارية فزعم أحدهما أنّه اشتراها، و زعم الآخر أنّه انتجها، فكانا إذا أقاما البيّنة جميعاً قضى بها للذى نتجت عنده. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ كلًّا من البيّنتين شهدتا بالسبب: الاشتراء و النتاج، غير أنّ الإمام رجّح أحد السببين (النتاج) على الآخر و أين هو من المدّعى من تقديم بيّنة الداخل إذا شهدت بالسبب على الخارج إذا شهدت بالملك المطلق.

نعم ظاهر الرواية تقديم الشهادة على السبب القديم (النتاج) على السبب الحادث (الاشتراء) من غير فرق بين كون مدّعى السبب القديم ذا يد أو لا و سيوافيك البحث فيه عند البحث عن مرجّحات تعارض البيّنتين.

---

(۱) الطوسى، النهاية: ۳۴۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۲۰

الحالة الرابعة: عكس الحالة الثالثة

أى إذا شهدت بيّنة ذى اليد بالملك المطلق و بيّنة الآخر بالسبب، فعلى الضابطة التى اشير إليها فى الثالثة، و الثانية، يعلم حكم هذه الحالة و هى تقديم بيّنة الخارج لقوّتها بالشهادة على السبب. و لم يذكرها المحقق و إنّما ذكرناها استيفاءً للصور.

إلى هنا خرجنا بالنتيجة التالية:

ما دلّ على تقديم بيّنة الخارج، غير تامّ لا يحتجّ به بخلاف ما دلّ على تقديم بيّنة الداخل، غير أنّ تقديمه ليس بمعنى إنهاء أمر القضاء بل لا بدّ من الحلف على النحو المألوف.

نعم هذه هى الضابطة إلّا إذا كانت إحدى البيّنتين تترجّح على الآخر بالكثرة فيقدّم المرجَّح، أمّا التفصيل بين الشهادة على السبب أو الملك المطلق فليس له دليل صالح و اللازم حذف البحث عن أحكام الحالات الثلاث الأخيرة لعدم مدخلية هذه الحالات على ما علمت و التركيز على الحالة الأُولى، و قد عرفت أنّ لازم الجمع بين الروايات هو تقديم بيّنة ذى اليد بشرط الحلف عملًا برواية ابن إسحاق، و تقديم الأكثر عدداً عند عدم التساوى عملًا برواية أبى بصير. و اللّه العالم.

بقى هنا شىء و هو أنّ مقتضى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه «۱» و صحيح الحلبى ۲ و موثقة سماعة ۳ هو الرجوع إلى القرعة عند التساوى و اليمين على من خرج اسمه، و اليمين و إن لم تكن مذكورة، فى الموثقة لكن يقيد إطلاقها

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء؛ ج۲، ص: ۱۲۰

---

(۱) ۱، ۲، ۳ مرّ الجمیع برقم ۹، ۱۲، ۱۰، ۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۲۱

بما فی الأوّلین. و إطلاقها یعمّ الصورتین إذا کان فی أیدیهما أو فی ید واحد منهما.

و الجواب: أنّ الروایات الثلاث لیست نصوصاً فی المورد، غایهٔ الأمر وجود الإطلاق فتحمل علی ما إذا لم یکن فی أیدیهما و لا ید واحد منهما و یشهد علی ذلک ما رواه صاحب الدعائم عن أمیر المؤمنین علیه السّلام «۱» حیث إنّ الإمام لم یقرع فی کلتا الصورتین.

و علی ذلک فما دلّ علی الإقراع راجع إلی الصورتین الأخیرتین.

الصورهٔ الثالثهٔ لو کانت العین بید ثالث

اشارهٔ

إذا کانت العین بید ثالث ففیه أقوال تناهز الثمانیهٔ «۲» نذکر منها ثلاثهٔ:

الأوّل: اجراء الشقوق التالیهٔ:

۱- أن یُصدِّق ذو الید أحدَهما.

۲- أن یصدِّق کلیهما.

۳- أن یدفع کلیهما.

۴- أن یعترف لأحدهما و لا یعرف عینه.

۵- أن یقول لیست لی و لا أعرفُ صاحبه.

فعلی الأوّل، إذا اعترف لأحدهما، یکون المقرّ له مالکاً شرعیاً للعین، و یکون المفروض کما إذا کان بید أحدهما و یکون حکمه، حکم الصورهٔ الثانیهٔ الماضیهٔ.

و علی الثانی، یصیر المدّعیان مالکین علی الظاهر و یکون المفروض کما إذا کانت العین بأیدیهما و أقاما البیّنهٔ و یکون حکمه حکم الصورهٔ الأُولی السابقهٔ.

---

(۱) نفس المصدر.

(۲) لاحظ: ملحقات العروهٔ: ۲/ ۱۵۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۲۲

و علی الثالث أُقرّت فی یده فیکون هو المدّعی علیه بالنسبهٔ إلی المتنازعین فیحلف لکلّ منهما، و لو نکل عن الحلف یدخل فی الصورهٔ الرابعهٔ أعنی: ما إذا ادّعیا عیناً لا ید علیها و سیوافیک حکمها.

و علی الرابع حیث یقرّ ذو الید بأنّها لواحد من المتنازعین یعمل بقاعدهٔ العدل و الانصاف فینصّف إلحاقاً له بالدینار المردّد عند الودعی بین الشخصین و یحتمل القرعهٔ ثمّ الحلف.

قال المحقّق الأردبیلی: «إنّ الحکم بالتصدیق و الحلف و جعله مرجحاً هنا أیضاً ممکن». «۱»

و علی الخامس یکون من قبیل ما لا ید لأحد علیها أی الصورة الرابعة الأصلیة التی سوف یوافیک حکمها.

نعم إنّ الأکثر کما قیل لم یتعرّضوا بتصدیق الثالث لأحد المتداعیین کما تعرّضوا به فی صورة عدم البیّنة، قیل و إنّما لم یتعرّضوا لأنّ نظرهم إلی بیان المرجّحات إغماضاً عن حکم الید و إیکالًا إلی ما ذکروه سابقاً فی صورة عدم البیّنة.

قال النراقی: لم یتعرّض الأکثر لتصدیق الثالث لأحد المتداعیین هنا کما تعرضوا له فی صورة عدم البیّنة، قیل: «لعلّ إطلاقهم هنا مبنی علی الإغماض عن حکم الید و خلافها و نظرهم إلی بیان سائر المرجّحات» و یحتمل أیضاً أن یکون بناؤهم علی عدم اعتبار تصدیقه نظراً إلی إطلاق الأدلّة کما فهمه المحقّق الأردبیلی فی شرح الإرشاد حیث حکم بتفرقة المصنّف بین صورة عدم البیّنة، و صورة وجودها فی سماع تصدیق الثالث و قال بأنّ الحکم بالتصدیق و الحلف هنا أیضاً ممکن و وجه عدم الاعتبار حینئذ کما یظهر من الفاضل فی التحریر أنّ البیّنتین

(۱) المحقق الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۲۳۲.

متطابقتان علی عدم ملکیة الثالث فلا یکون إقراراً لأنّه إنّما یکون فی ملک الشخص واقعاً أو ظاهراً، و مع البیّنتین لا یکون کذلک، و للتأمل فیه مجال. «۱»

و قد یقال: یحتمل أن یکون بناؤهم علی عدم اعتبار تصدیقه، نظراً إلی إطلاق الأخبار لا لتطابق البیّنتین علی عدم ملکیة الثالث.

و قال صاحب الجواهر: و لو أقرّ الثالث بالعین لأحدهما فالوجه کما فی القواعد أنّه کالید، تقدَّم علی قیام البیّنتین أو تأخّر لقیام المعنی القائم فی الید فیه، و یحتمل العدم بعد إقامة البیّنتین لکشفهما عن أنّ ید المقرّ مستحقّة للإزالة، فإقراره کإقرار الأجنبی بل قد یشکل إن لم یکن إجماع اندراج ذلک قبل إقامة البیّنتین فضلًا عمّا بعده فیما دلّ علی حکم ذی الید بالنسبة إلی الدخول و الخروج و لعلّه أطلق بعضهم الحکم من غیر فرق بین إقرار الثالث و عدمه. «۲»

و قال فی مسألة ما إذا تنازع مشتریان و ادّعی أحدهما شراء المبیع من زید و قبض الثمن و أقام البیّنة، و ادّعی آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و أقام البیّنة: «و إن کانت بأیدیهما و صدق کلّ منهما مشتریه فکلاهما ذو الید». «۳»

و قال السیّد الطباطبائی: إنّ ذلک منهم لوجود الفرق بین صورة وجود البیّنتین و صورة عدمها لزوال حکم یده مع تطابق البیّنتین علی کون ما فی یده لغیره فلا اعتبار بإقراره بخلاف صورة عدم البیّنة فی ظاهر الشرع. «۴»

یلاحظ علیه: أنّ البیّنة لو لا التعارض توجب زوال حکم الید، و أمّا مع التعارض فلا تکون حجّة فی مدلولها المطابقی فضلًا عن الالتزامی، و عندئذ یسقط قوله: «لزوال حکم یده مع تطابق البیّنتین علی کون ما فی یده لغیره فلا اعتبار بإقراره» و ذلک لأنّ الأخذ بالمدلول الالتزامی (أنّه لیس لذی الید) مع

(۱) النراقی، المستند: ۲/ ۵۵۷.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۴۳۲۴۳۱.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۴۶۹.

(۴) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۵۸.

رفض المدلول المطابقی أمر مشکل فلو لم یکن فی النصوص ما یخالفه لکان الأخذ به متعیّناً و لا یعلم إلّا بدراسة الأقوال.

الثانی: قول الشیخ فی المبسوط

و هو ثلاثی الأجزاء:

۱- یقضی بالقرعهٔ، إن شهدتا بالملک المطلق.

۲- یقسّم بینهما إن شهدتا بالملک المقیّد بالسبب.

۳- و لو اختصّت إحداهما بالتقیید، قضی بها دون الأُخری.

هذا، و الذی وقفت علیه فی المبسوط هو ما یلی:

إذا کانت الدار فی یدی رجل فتداعاها رجلان قال أحدهما: الدار التی فی یدیک لی أودعتکها و أقام البیّنهٔ، و قال الآخر: الدار التی فی یدیک لی آجرتُکها، و أقام البیّنهٔ قال قوم هما متعارضتان لأنّ التنازع فی الملک و قد شهدت کلّ واحدهٔ منهما بالملک فی الحال لکلّ واحد منهما و هذا محال، فتعارضتا، و إذا تعارضتا قال قوم: یسقطان، قال قوم: یقرع بینهما و هو مذهبنا و قال بعضهم: یقسم بینهما. «۱»

و العبارهٔ تفی بالشق الأوّل دون الشقّین الأخیرین من کلامه و لعلّه ذکرهما فی مکان آخر، وقف علیه المحقّق.

أمّا الجزء الأوّل و هو الإقراع عند الشهادهٔ علی الملک المطلق، فیحمل ما ورد بالقرعهٔ علی هذه الصورهٔ، نظیر صحیح الحلبی: سئل أبو عبد اللّه عن رجلین شهدا علی أمر و جاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا قال: «یقرع بینهم فأیهم قرع، فعلیه الحلف». «۲»

و مثله عبد الرحمن بن عبد اللّه البصری عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: کان

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۶۹۲۶۸.

(۲) مرّ الجمیع برقم ۱۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۲۵

علی علیه السّلام إذا أتاه رجلان یختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بینهم علی أیّهما تصیر الیمین «۱» و بهذا المضمون غیرهما، و ما فی مرسلهٔ داود بن أبی یزید العطّار ۲ من الاکتفاء بالقرعهٔ من دون الإحلاف یقیّد بما ورد فیه الحلف کما لا یخفی.

یلاحظ علیه: أنّ القرعهٔ وردت فی الشهادهٔ بالمقیّد أیضاً کموثقهٔ سماعهٔ ۳ و خبر عبد اللّه بن سنان ۴ فلا- وجه لتخصیصها بما إذا شهدت بالملک المطلق منهما.

و أمّا الجزء الثانی و هو التقسیم بینهما إن شهدتا بالملک المقیّد بالسبب فیدلّ علیه خبر غیاث بن إبراهیم، أنّ أمیر المؤمنین اختصم إلیه رجلان فی دابّهٔ و هما أقاما البیّنهٔ أنّه انتجها، فقضی بها للذی فی یده و قال:

«و لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین». ۵

و علی ذلک (الشهادهٔ بالملک المقیّد بالسبب) یحمل خبر تمیم بن طرفهٔ ۶ إنّ رجلین عرفا (ادعیا) بعیراً فأقام کلّ واحد منهما بیّنهٔ فجعله أمیر المؤمنین علیه السّلام بینهما» فإنّ ظاهره الشهادهٔ بالملک المطلق، و فیه القرعهٔ لکن یحمل علی الشهادهٔ بالملک المقیّد بالسبب للجمع بینه و بین ما دلّ علی القرعهٔ فی الشهادهٔ بالملک المطلق کما مرّ.

یلاحظ علیه: أنّ خبری سماعهٔ ۷ و ابن سنان ۸ فی باب الشهادهٔ علی الملک المقیّد بالسبب، و قد جاء فیهما القرعهٔ، دون التقسیم. و خبر طرفهٔ من باب الشهادهٔ بالملک الشهادهٔ بالملک المطلق، و قد جاء فیه الأمر بالتقسیم و حمل الأخیر علی المقیّد خلاف الظاهر.

(۱) ۱- ۴ مرّ الجمیع برقم ۹، ۱۶، ۱۰ و ۱۵.

(۲) ۵ و ۶ مرّا برقم ۳ و ۸.

(۳) ۷ و ۸ مرّا برقم ۱۰ و ۱۵.

و أمّا الجزء الثالث، و هو تقديم من شهدت بالملك المقيّد بالسبب و رفض من شهد بالملك المطلق فيعلم وجهه ممّا سبق لقوّة الأُولى.

على أنّ فى خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع و هو تحليفهما معاً فأيّهما حلف و نكل الآخر كانت للحالف قال: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة فقال: أحلفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. «۱»

الثالث: قول المحقّق

و ما أفاده فى هذه الصورة ثُلاثى الأجزاء و هى:

۱- قضى بأرجح البيّنتين عدالة.

۲- فإن تساويا قضى لأكثرها شهوداً.

۳- و مع التساوى عدداً و عدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه أُحلف و قضى له، و لو امتنع أُحلف الآخر و قضى له و إن نكلا قُضى بها بينهما بالسوية.

أمّا الأوّلان فهما موقوفان على أمرين:

۱- حمل أخبار القرعة على الصورة الثالثة (إذا لم يكن فى يد واحد منهما) و إخراج الصورتين الأُوليين من تحتها، و يدلّ على ذلك أمران:

أ: ما دلّ من النصوص على أنّ حكم الصورة الأُولى هو التنصيف، و أنّ حكم الصورة الثانية، هو تقديم بيّنة الخارج أو الداخل على تفصيل و النصوص الواردة فيهما دليل على عدم شمول أخبار القرعة للأُوليين.

ب: تنصيص الإمام بذلك فى المرسل عن أمير المؤمنين عليه السَّلام «۲» فى البيّنتين يختلفان فى الشىء الواحد، يدّعيه الرجلان أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدَلَتْ بيّنة كلّ

---

(۱) مرّ برقم ۲.

(۲) مرّا برقم ۶ و ۹.

واحد منهما. و ليس فى أيديهما.

۲- إنّ قوّة العدالة و كثرتها مرجّحة و فى الوقت نفسه الترجيح بها مقدّم على الترجيح بكثرة العدد.

و يمكن استفادة الأمر الأوّل من الحديثين التاليين ففى رواية عبد الرحمن البصرى «كان علىّ إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم». «۱» فيدلّ على الترجيح بكثرة العدالة مثل كثرة العدد، فإنّ المراد من كون «عدلهم سواء» مقابل «عددهم سواء» الأعدلية.

و فى المرسل «اعتدلت بيّنة كلّ واحد منهما و ليس فى أيديهما» «۲» و لا يصدق الاعتدال إلّا إذا تساوت البيّنتان فى العدالة و العدد.

و لم نجد فى الأدلّة ما يدلّ على تقديم الترجيح بالأعدلية على الأكثرية كما هو مفاد كلام المحقّق مع ورود الأكثرية فى غالب النصوص، و ورد الأعدليّة فى خبرين فلو انحصر المرجّح، بالأعدلية فتقدّم و أمّا لو اشتمل الأخير على الأكثرية فتقديم الأعدلية على الأكثرية كما ترى.

نعم نفى صاحب الجواهر الريبَ فى تقديمها على الأكثرية بادّعاء ابن زهرة الإجماعَ المعتضد بالشهرة المحقّقة بين الأصحاب و وجود ذلك فى رسالة على بن بابويه التى قيل فيها. كانوا إذا أعوزتهم النصوص رجعوا إليها و النهاية التى هى متون الأخبار.

و أمّا الجزء الثالث و هو الإقراع عند التساوى فمن خرج اسمه أُحلف و قضى له.

و لو امتنع أُحلف الآخر فقضى له.

و إن نكلا قضى بها بينهما بالسوية.

---

(۱) مرّا برقم ۶ و ۹.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۴۲۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۲۸

أمّا اليمين على من خرج اسمه بالقرعة فهو مورد النصوص كرواية البصرى «۱» و داود بن سرحان. ۲

و أمّا توجّه اليمين إلى الآخر، إذا نكل من خرج اسمه فهو ظاهر قوله فى خبر البصرى: «ثمّ يجعل الحقّ للذى يصير عليه اليمين إذا حلف» على أنّ توجه اليمين إلى من خرج اسمه بالقرعة دون الآخر، عند ما نكل من خرج اسمه لا يرضى به الوجدان. أضف إلى ذلك ما عرفت من أنّ القضاء الحاسم يعتمد على أحد أمرين: البيّنة و اليمين و لا عبرة بالأُولى بعد التعارض فيبقى الثانى.

و أمّا التنصيف فلأنّه المستفاد من ذيل معتبرة إسحاق بن عمّار ۳، حيث جاء فيها «فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين» فإذا كان حلفهما سبباً للتنصيف فيفهم عرفاً انّ نكولهما أيضاً سبب له.

اعلم أنّ ما ورد فى ذيل معتبرة إسحاق بن عمّار راجع إلى هذه الصورة فقد جاء فيه:

إذا لم تكن العين فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة، يحلفان فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين فإنّ ظاهرها جواز حلفهما مع أنّ المستفاد من أدلّة القولين: الثانى و الثالث، تحليف من قدّمت يمينه بالمرجّح أو القرعة، فإن حلف قضى له، و إن لم يحلف يحلف الآخر، و لا عامل للذيل و سيوافيك فى الصورة الرابعة ما يجمع به.

الصورة الرابعة إذا ادّعيا ما لا يد عليها لأحد و أقاما البيّنة،

كما إذا ادّعيا الخاتَم الساقط فى البئر الذى حُفر للمستطرقين فى الصحراء، فقال فى الجواهر: إنّ حكمها لهم ما

---

(۱) ۱ و ۲ مرّا برقم ۹ و ۱۱.

(۲) ۳ مرّ برقم ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۲۹

كانت فى يد ثالث لإطلاق الدليل. قال: و لا ينافى ذلك إطلاق خبر تميم بن طرفة بعد تنزيله على غيره. «۱»

قال النراقى: لو لم تكن العين فى يد أحد، فإن كانت لواحد منهما بيّنة يقضى له، و إن كانت البيّنة فظاهر عبارة الصدوقين أنّ حكمه حكمَ يد الثالث و قال بعض فضلائنا المعاصرين أنّه الأولى و هو كذلك لإطلاق أكثر الأخبار المتقدّمة إن لم نقل جميعها بالنسبة إلى هذه الصورة. «۲»

و عليه فيقضى بأرجح البيّنتين عدالة فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً، و مع التساوى عدداً و عدالة يقرع فمن خرج اسمه أُحْلِف و قُضى له و لو امتنع، أُحلف الآخر و قضى له و إن نكلا قضى به بينهما بالسوية.

و بذلك يجمع بين المرسل «۳» الدال على الإقراع، و معتبر إسحاق «۴» الدال على تحليفهما، بحملهما على بيان بعض المقصود.

خاتمة المطاف

قـد وقفت على الآراء المتضاربـة فى مسألـة تعارض البيّنتين، كرواياتها المشوّشـة و قـد وافقنا القول المشـهور فى غالب الموارد و بذلنا غاية الجهد فى الجمع بين روايات الباب.

ثمّ إنّ هناك رأياً للسيّد الطباطبائى و حاصله الرجوع إلى القرعة، ثمّ الحلف فى عامة الصور إلّا مورد واحد قال: إنّ الأقوى فى جميع الصور الأربع الرجوع إلى المرجّحات المنصوصة و غيرها و مع عدمها فإلى القرعة فى غير الصورة الأُولى (مراده ما إذا كانت العين بيد ثالث) لما عرفت أنّ اليد مرجّحة لبيّنتها فلا يبقى محلّ للقرعة فمن خرجت القرعة باسمه يُستحلف فإن حلف يقضى له و إلّا فإن حلف

---

(١) الجواهر: ۴۰/ ۴۳۲.

(٢) النراقى، المستند: ٢/ ۵۵۷.

(٣) مرّا برقم ۶ و ٢.

(۴) مرّا برقم ۶ و ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج٢، ص: ١٣٠

الآـخر فكـذا يقضـى له و إن نكلاـ قسم بينهمـا، و فى الصورة الأُولى (إذا كانت العين بيـد ثالث) إذا قـدّمنا إحـدى البيّنتين يحتاج إلى الحلف أيضاً لما ذكرناه من أنّ فائدة التقديم سماع قول من قدّمت بيّنته لا أنّها حجّة فعلية كافية. «١»

يلاحظ عليه بوجهين:

١- إنّ القول بشـمول روايات القرعـة للصورة الأُولى يسـتلزم تأخير البيان عن وقت الحاجـة لأنّ ما دلّ على التنصـيف فإنّما يعتمد على عمـل الإمـام فى مقـام القضـاء فلو كان هناك مجال للقرعـة فلما ذا لم يعمل بها الإمام و حكم بالتنصـيف و لم يكن المقام، مقام بيان الحكم الشرعى حتّى يجوز تأخير القيد.

٢- إنّ تقـديم القرعـة على بيّنة الداخل أو الخارج (فى الصورة الثانية) خلاف صـريح ما دلّ على أنّ المرجع هو الأخذ بإحدى البيّنتين فلو كان هناك مجال للقرعة لكان ترك ذلك مخلًا.

فالأولى إحالة ما دلّ على الإقراع على الصورتين الأخيرتين كما عليه المشهور من المتأخرين.

نعم إنّ روايات الباب غير نقيّـة جدّاً و مشوّشة و لذلك اختلفت الآراء فى هذا المقام إلى حدّ ربّما يوجد لشـخص واحد رأيان أو أكثر و قـد اعتذر عنهم السـيّد الطباطبائى و قال: و أمّا الفقهاء فحيث إنّهم لم يلاحظوا مجموع الأخبار بإجراء قاعدة الجمع بينهما و بنوا على الترجيـح بـذكر السـبب فرّقوا بين الصور الأربع و اختلفت أقوالهم فيها خصوصاً فيما إذا كانت العين بيـد أحـدهما فقد اختلفوا فيها إلى حدّ أنهاها النراقى فى المستند إلى تسعة أقوال. ٢

و لكنّك عرفت أنّ السيّد الطباطبائى أيضاً لم يلاحظ جميع الأخبار فقد أسقط العمل بالتنصيف مع وروده فى غير واحد من الروايات.

---

(١) ١ و ٢ السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ١۵۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج٢، ص: ١٣١

إكمال

قال المحقق: و يتحقق التعارض بين الشاهـدين و الشاهد و المرأتين. و لا يتحقق بين شاهدين و شاهد و يمين و لا تعارض بين شاهد و

امرأتین و شاهد و یمین.

أقول: أمّا الأوّل فلصـدق البیّنهٔ لکلّ واحد منهما و یعبر عنه قوله سبحانه حیث یقول: (وَ اسْتَشْـهِدُوا شَـهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ) (البقرهٔ/ ۲۸۲).

و أمّا الثانی أی الشاهدین و شاهد و یمین فلعدم صدق البیّنهٔ علی الثانی و إن کان تثبت به الأموال، و لکن لیس کلّ ما یثبت به الشیء بیّنهٔ.

و أمّا الثالث فلنفس الدلیل المذکور فی الثانی.

مواضع القسمهٔ

قال المحقّق: «کلّ موضع قضینا فیه بالقسمهٔ فإنّما هو فی موضع یمکن فرضها دون ما یمتنع کما إذا تداعی رجلان زوجهٔ».

قد عرفت موارد الحکم بالتنصیف، فالمراد منه ما یقبل الشرکهٔ سواء قبل التقسیم فی العین کالحنطهٔ، أو قبل التقسیم فی القیمهٔ کالعبد، و أمّا ما لا یقبل ذلک فلا، کما إذا تداعی الرجلان زوجهٔ فهو موضع القرعهٔ، ففی مرسل داود بن أبی یزید العطّار عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام فی رجل کانت له امرأهٔ فجاء رجل بشهود انّ هذه المرأهٔ امرأهٔ فلان و جاء آخران فشهدا أنّها امرأهٔ فلان فاعتدل الشهود و عدلوا فقال: «یقرع بینهم فمن خرج سهمه فهو الحقّ و هو أولی بها». «۱»

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۳۲

و لو لا أنّ بعض روایات القرعهٔ وردت فیما یقبل القسمهٔ و الشرکهٔ و لو فی القیمهٔ لحملناها علی مورد لا یقبل القسمهٔ و الشرکهٔ، غیر أنّ ورودها فی غیر هذا المقام عاقنا عن الحمل.

غیر أنّ من خرجت القرعهٔ باسمه تتوجّه علیه الیمین لأنّ القرعهٔ بمعنی من تصیر علیه الیمین و قد وردت الیمین فی غیر واحد من أخبار القرعهٔ. «۱»

نعم قال فی المسالک بعد نقل الروایهٔ: «فلا فائدهٔ فی الإحلاف بعد القرعهٔ لأنّ فائدته القضاء للآخر مع نکوله و هو منفی هنا. و فی الروایهٔ دلالهٔ علی نفی الیمین هنا». «۲»

یلاحظ علی الثانی بما عرفت من ورود الحلف فی غیر واحد من أخبار القرعهٔ، و أمّا الدلیل الأوّل فلا ملازمهٔ بین توجّه الیمین و القضاء بالنکول أو ردّ الیمین إلی الطرف الآخر، أمّا القضاء بالنکول فقد عرفت أنّه یجب أن یحبس الناکل حتّی یحلف أو یعترف أو یردّ الیمین. و أمّا ردّ الیمین فلیس المقام من موارده لأنّه من شئون المنکر لا من شئون المدّعی الذی خرجت القرعهٔ باسمه و لیس حلفه دلیلًا علی کونه منکراً بل هو مدّع یُسمع قوله مع الیمین.

فی مرجّحات البیّنات

اشارهٔ

ذکر الفقهاء مرجّحات لتقدیم إحدی البیّنتین علی الأُخری، و قد ذکر المحقّق منها اثنین و إلیک بیانها:

الأوّل: التقدیم بزیادهٔ التاریخ

قال المحقّق: «و الشهادهٔ بقدیم الملک أولی من الشهادهٔ بالحادث مثل أن

(۱) لاحظ صحیح الحلبی برقم ۱۱ و خبر عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه برقم ۵.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۶.

تشهد إحداهما بالملک فی الحال و الأُخری بقدیمه، أو إحداهما بالقدیم و الأُخری بالأقدم فالترجیح لجانب الأقدم، فعلی ذلک لو شهدت إحداهما أنّ العین لزید من رمضان و قالت الأُخری إنّها لعمرو الآن، أو شهدت إحداهما بأنّ العین لزید من قبل ثلاث سنین و قالت الأُخری إنّها لعمر من قبل سنتین فعلی مذهب المحقّق تقدّم البیّنهٔ التی تشهد علی القدیم أو الأقدم.

قال الشیخ: إذا تنازعا عیناً من الأعیان عبداً أو داراً أو دابهٔ فادّعی أحدهما انّها له منذ سنتین، و الآخر ادّعی أنّها له منذ شهر و أقام کلّ واحد منهما بما یدّعیه البیّنهٔ أو ادّعی أحدهما أنّه له منذ سنهٔ و قال الآخر: هی الآن ملکی و أقام کلّ واحد منهما بما یدّعیه البیّنهٔ، الباب واحد و العین المتنازع فیها فی ید ثالث کانت البیّنهٔ المتقدّمهٔ أولی و به قال أبو حنیفهٔ و هو اختیار المزنی و أصح قولی الشافعی و له قول آخر أنّهما سواء.

ثمّ استدل علی مختاره بأنّهما إذا تعارضتا فیما تساویا فیه و هو مدّهٔ شهر و سقطتا و بقی ما قبل الشهر ملک و بیّنهٔ لا منازع له فیه فیحکم له بذلک قبل الشهر فلا یُزال عنه بعد ثبوته إلّا بدلیل «۱».

و حاصله: أنّ البیّنهٔ متقدّمهٔ التاریخ تثبت الملک فی وقت لا تعارضها البیّنهٔ الأُخری فیه و فی وقت تعارضها الأُخری تتساقطتان فی محلّ التعارض و یثبت موجَبها فیما قبل محل التعارض و الأصل فی الثابت دوامه.

یلاحظ علی الاستدلال: بأنّ الاستصحاب فی المقام إمّا مرجع فی القضاء أو مرجح لإحدی البیّنتین أو ضمیمهٔ لها حتّی یستند إلیها القاضی، و الکلّ باطل.

أمّا الأوّل: فلأنّ المرجع فی القضاء هو البیّنهٔ و الیمین حسب النبوی الثابت و لیس الاستصحاب منهما و علی فرض کونه مرجعاً فإنّما هو إذا علمت الحالهٔ

(۱) الطوسی: الخلاف: الجزء ۳، کتاب الدعاوی و البیّنات، المسألهٔ ۱۳.

السابقهٔ عن غیر طریق البیّنهٔ المتعارضهٔ.

و أمّا الثانی و هو أن یکون الاستصحاب مرجّحاً لإحداهما فإنّما یصحّ إذا کانت الحالهٔ السابقهٔ محرزهٔ لا بالبیّنهٔ بل بدلیل آخر فحینئذ یمکن ترجیح احدی البیّنتین بالاستصحاب، و أمّا المقام فلیست الحالهٔ محرزهٔ إلّا بنفس البیّنهٔ، و المفروض أنّها سقطت بالتعارض، و أمّا التفکیک بین مدلول البیّنهٔ بمعنی رفضه فی مورد التعارض و الأخذ به فی خارجه فأمر لا یوافقه العقلاء فی مقام الاحتجاج.

و أمّا الثالث: أی القضاء بإحدی البیّنتین بضمّ الاستصحاب و هو أیضاً باطل لأنّ الأصل فی طول البیّنهٔ فکیف یمکن أن یکون معها مستنداً للقضاء.

و یردّ علی جمیع الصور أنّه تبعیض فی التصدیق أی تصدیق البیّنهٔ فی السابق دون اللاحق کما أنّ مقتضی بعض الوجوه الاعتباریهٔ تقدیم الشهادهٔ بالحادث علی القدیم لاحتمال اطّلاع الثانی علی ما لم یطلع علیه الأوّل إذ من المحتمل أن یکون مصدر شهادته هو الاستصحاب و مصدر شهادهٔ الآخر هو العلم بالانتقال إلی المشهود له بالبیع و الهبهٔ و غیرهما و لأجل ذلک لو شهدت أنّه اشتراه من الأوّل قدّمت علی الأُخری قطعاً لأنّها لما صرّحت بالشراء علم أنّها اطّلعت علی ما لم تطلع علیه الأُخری.

فإنّها و إن شهدت بأنّها ملک من ابتداء سنتین مثلًا إلی الآن لکن غایته أنّها علمت ملکه و لم تعلم بمزیله فی المدّهٔ، و إذا شهدت

الأخری بالاشتراء فقد أخبرت عن علمها بالمزیل.

و مع ذلک ففی بعض النصوص إشارهٔ إلی تقدیم الشهادهٔ بالسبب القدیم، علی السبب الحادث ففی صحیح ابن سنان عن الصادق علیه السَّلام أنّه إذا کان اختصم الخصمان فی جاریهٔ فزعم أحدهما انّه اشتراها و زعم الآخر أنّه انتجها فکانا إذا أقاما البیّنهٔ جمیعاً قضی بها للذی انتجت عنده. «۱»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱۵.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۳۵

ثمّ إنّ فی مورد ترجیح إحدی البیّنات علی الأُخری بالمرجّح الثانی فروعاً تعرّض بها فی الجواهر «۱» من حیث کون العین فی یدهما أو ید أحدهما تظهر حالهما ممّا ذکرناه.

الثانی: الترجیح بالمدلول

قال المحقّق: و کذا الشهادهٔ بالملک أولی من الشهادهٔ بالید لأنّها محتملهٔ و کذا الشهادهٔ بسبب الملک أولی من الشهادهٔ بالتصرّف.

أمّا الأوّل: لأنّ الید و إن کانت ظاهرهٔ فی الملک إلّا أنّها محتملهٔ لغیره لجواز استنادها إلی العاریهٔ و الإجارهٔ و غیرهما بخلاف الملک فإنّه صریح فی المطلوب. فکانت الشهادهٔ به مرجّحهٔ و لا فرق علی هذا الطریق بین کون تاریخ شهادهٔ الید متقدّماً بأن شهدت أنّ یده علی العین منذ سنهٔ و شهدت بیّنهٔ الملک بتاریخ متأخّر أو متأخّراً لاشتراک الجمیع فی المقتضی و هو وجود احتمال فی الید بخلاف الملک.

و أمّا الثانی: أعنی إذا تعارضت البیّنهٔ بسبب الملک و البیّنهٔ بالتصرّف، بأن شهدت الأُولی أنّ العین لفلان اشتراها من فلان و شهدت بیّنهٔ الآخر أنّها وجدته یتصرّف فی العین تصرّف المالک من البناء و الهدم و البیع و الرهن ففی جمیع ذلک تتقدّم الشهادهٔ علی سبب الملک علی البیّنهٔ بالتصرّف. «۲»

و حاصله أنّ الید و إن کانت أمارهٔ ملکیهٔ لکن فیما إذا لم تعارضها البیّنهٔ بالملک فإنّ التصرّف (مثل تصرّف المالک) دلیل علی الملکیهٔ حیث لا تعارضه البیّنهٔ علی سبب الملک لوجود الاحتمال فی التصرّف و عدمه فی الشهادهٔ علی الملک أو السبب.

کلّ ما ذکروه و إن کان صحیحاً إلّا أنّه لا نحتاج فی المقام إلی هذا الإطناب،

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۳۹.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۳۶

لأنّه لو افترضنا وجود العلم الوجدانی بالید أو التصرّف لأحد المتنازعین فإنّه یکون محکوماً ببیّنهٔ المتنازع الآخر القائمهٔ علی الملکیهٔ عملًا بقول الرسول صلّی الله علیه و آله و سلّم: «البیّنهٔ للمدّعی و الیمین علی من أنکر» و المنکر من له الید علی العین أو المتصرّف فیها مثل تصرّف المالک، فإذا کانت البیّنهٔ متقدّمهٔ علی العلم الوجدانی فکیف لا تتقدّم علی البیّنهٔ القائمهٔ مقام العلم.

تمّ الکلام فی المسألهٔ الثانیهٔ.

المسألهٔ الثالثهٔ: إذا أقرّ المدّعی علیه بأنّ العین لثالث

اشارة

قـال المحقّق: لو ادّعی شـیئاً، فقال المـدّعی علیه: هو لفلان، انـدفعت عنه المخاصـمة، حاضـراً کان المقرّ له أو غائباً، فإن قال المـدّعی: احلفوه انّه لاـ یعلم أنّهـا لی، توجهت الیمین، لأـنّ فائـدتها الغرم لو امتنع لاـ القضـاء بالعین لو نکل أو ردّ، و قال الشـیخ: لا یحلف، و لا یغرم لو نکل. و الأقرب أنّه یغرم، لأنّه حال بین المالک و بین ماله، بإقراره لغیره، و لو أنکر المقرّ له، حفظها الحاکم، لأنّها خرجت عن ملک المقرّ، و لم تدخل فی ملک المقرّ له، و لو أقام المدّعی بیّنة، قضـی له أمّا لو أقرّ المدّعی علیه بها لمجهول، لم یندفع الخصومة و أُلزم البیان.

أقول: ذکر المحقق فی هذه المسألة فروعاً خمسة، نأخذ بالبحث عن کلّ واحد.

الفرع الأوّل: إذا ادّعی شیئاً فقال المدّعی علیه هو لفلان.

اندفعت عنه المخاصـمة، حاضـراً کان المقرّ له أو غائباً. و المراد من خروجه عن طرف النزاع عدم توجّه الحلف إلیه و ذلک لما مرّ من أنّ الحلف یتعلّق بما له صلة بالإنسان و أمّا کون هذا المال للغیر فلیست له صلة بالمقرّ فلا یتوجّه إلیه الیمین.

الفرع الثانی: إذا ادّعی المدّعی أنّ المقرّ کان یعلم بأن العین له

و مع ذلک أقرّ بأنّها للغیر، فهل له إحلاف المقرّ أو لا؟ قولان: أحدهما للشیخ و الآخر للمحقّق:

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۳۷

۱- قال الشیخ: لیس له الإحلاف، فإنّه لو نکل، أو ردّ الیمینَ إلی المدّعی و حلف، لا یحکم علی المقرّ بالغرامة، لأنّه من آثار الإتلاف و هو بعدُ لم یُتلف و إنّما اعترف بأنّه للغیر.

۲- قال المحقّق ما هـذا توضـیحه: له الإحلاف، لأنّه لو حلف دفع عن نفسه التهمـة و إن نکل أو ردّ الیمین إلی المدّعی و حلف، یغرم لأنّه حال بین المالک و ماله بإقراره لغیره و لیست الغرامة من آثار الإتلاف بل أعمّ منه و من مطلق الخسارة الواردة علی المالک لأجل إقراره.

و هناک قول بالتفصـیل لصاحب المسالک و هو أنّه لو قلنا فی رجل أقرّ لشخص بعد الإقرار لآخر بأنّه یَغْرُم القیمة للثانی فله إحلافه فی المقام فلعلّه لا یحلف بل یقرّ فیغرمه القیمة. و إن قلنا فی ذلک الباب بأنّه لا یغرم، فعند ذلک یأتی التفصـیل المذکور فی بابه: إنّ یمینَ المـدّعی کإقرار المنکر أو کبیّنـة المـدّعی فإن قلنا بالأوّل فلا یحلف لعـدم ترتّب الأثر علی إقراره بانّه للغیر، مع العلم بأنّه للمدّعی لأنّ إقراره بـأنّه للثـالث بمنزلـة الإقرار بعـد الإقرار لآخر و المفروض عـدم ترتّب الأثر علیه فی صورة العلم الوجـدانی فکیف إذا ثبت بیمین المـدّعی و إن قلنا بأنّه کبیّنـة المـدّعی فله التحلیف لأنّه إذا نکل و حلف المـدّعی (أثبت بدلیله الشـرعی أنّ العین له) فإذا کانت العین تالفة أخذ القیمة و لو ردّ علیه العین (إذا لم تکن تالفاً) ردّ القیمة لأنّه إنّما غرم القیمة للحیلولة «۱».

و أورد علیه فی الجواهر بأنّه لو افترضا أنّ یمین المـدّعی المردودة بمنزلة بیّنة المدّعی، لکن مفاد البیّنة فی المقام هو أنّ المقرّ مع علمه بـأنّ العین للمـدّعی، أقرّ بأنّه للثالث، و هـذا لا یترتّب علیه الأثر حسب الفرض. و بعبارة أُخری لیست یمین المـدّعی المنزّل منزلـة البیّنة فوق العلم الوجدانی بأنّه قد أقرّ للغیر مع العلم بانّه للمدّعی، و المفروض عدم ترتّب الأثر علیه. نعم لو کانت مفاد البیّنة التنزیلیة

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۳۸

هو أنّ العين للمـدّعى، كان له إحلافه فلو نكل أو ردّ اليمين يغرم، لأنّ يمين المـدّعى بمنزلة البيّنة على كون المدّعى مالكاً و لكن أين هو من مفاد اليمين المردودة فى المقام حسب الفرض.

و مع ذلـك فالحقّ هو الغرامـة و ذلك لأنّه لو حلف دفع الاتّهام عن نفسه و أمّا لو نكل أو ردّ اليمين إلى المـدّعى، ثبت أنّه صار سـبباً للحيلولـة بين المالك و ماله و هـذا المقدار من السببيّة كاف فى تغريمه إلى أن تعود العين إليه بإقامة الدعوى على المقرّ له، و عندئذ تدفع الغرامة المؤقّتة إلى المقرّ.

الفرع الثالث: و لو أنكر المقرّ له

قال المحقّق: حفظها الحاكم لأنّها خرجت عن ملك المقرّ و لم تدخل فى ملك المقرّ له. و لو أقام المدّعى بيّنة قضى له.

حاصله أنّ العين تبقى بيـد الحاكم، لكونها مجهولَ المالك، فلو أقام المـدّعى البيّنـة على أنّها له، قضـى له. و قال العلّامـة فى قواعـده: تـدفع إليه بلا بيّنـة و لا يمين، لكون دعواه دعوى بلا منازع و هو غير تامّ لأنّه إنّما يكون كذلك فيما إذا لم يكن عليها يد و المفروض اسـتقرار يـد الحاكم عليها و هو يد نيابيّة عن مالكها الواقعى، فلا يدفع إلّا إلى مالكها الواقعى، نظير اللقطة، فلا يدفع لمن ادّعاها إلّا بعد ثبوت كون المدّعى مالكاً.

الفرع الرابع: لو اعترف ذو اليد (المدّعى عليه) بأنّها لمجهول

لم تندفع الخصومة و أُلزِمَ البيان.

أقول: إنّ المقرّ تارة يقول ليست لى بل هى لغيرى على وجه يحتمل دخول المـدّعى فى ضـمنه فعندئـذ أُلزم البيان، لأنّه متّهم بأنّه حال بينه و بين مـاله، و أمّـا إذا صـرّح بأنّهـا ليست للمـدّعى و إنّمـا هى لغيره، فبـذلك دفع عن نفسه الخصومـة، فلا دليل على إلزامه بالبيان فيخرج المقرّ عن أطراف النزاع و بما أنّ المقرّ اعترف بانّها للغائب فلو أثبت المـدّعى بالبيّنـة أو الشاهد و اليمين أنّ العين له يقضـى له، لكن الغائب على حجّته، و لأجل ذلك يلزم على الحاكم أخذ الضامن لئلّا يتضرّر

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۳۹

الغائب إذا ثبت خلافه.

المسألة الرابعة: دوران الأمر بين الإجارة و الإيداع

قـال المحقّق: إذا ادّعى أنّه أجّره الدابـة و ادّعى آخر أنّه أودعه إيّاهـا تحقّق التعـارض مع قيـام البيّنتين بالـدعويين، و عُمِـل بالقرعـة مع تساوى البيّنتين فى عدم الترجيح.

ما ذا يريـد المحقّق من كلامه هـذا فهل الـدعويان المختلفتان من مصاديق الدعوى فى الأملاك أو من مصاديق الدعوى فى العقود؟ و بمـا أنّ الثـانى يـأتى فى المقصـد الثـانى و هو بعـدُ لم يخرج عن المقصـد الأـوّل يلزم حمـل العبارة على الاختلاف فى دعوى الملك. فنقول:

المقصود أنّه إذا كـانت العين بيـد ثـالث غائب فادّعى أحـد المـدّعيين أنّه أجّرها له و ادّعى المـدّعى الآخرُ أنّه أودعه إيّاها فيعود واقع النزاع إلى الاختلاف فى مالك العين فالأوّل يـدّعى أنّه المالك آجرها للثالث و الثانى يدّعى أنّه المالك لكنّه أعاره إيّاها فليس النزاع فى العقـد الخارجى حتّى يـدّعى أحـدهما أنّه كان إجارة و الآخر أنّه كان إيـداعاً، بل النزاع فى المالكيـة يـدّعى أحدهما بتصـرّفه فيها بالإجارة، أنّه المالك، و الآخر يـدّعى بتصرّفه فيها بالإيـداع، أنّه المالك و عنـد ذلك يعود النزاع إلى الاختلاف فى دعوى الملكيّة و

بـذلك يظهر ضـعف ما ذكره في المسالك من أنّ ذكر هـذه المسألـة في المقصد الثاني أولى لأنّ الاختلاف فيها اختلاف في العقود. «۱»

و ذلـك لأنّـه إنّما يكون النزاع في العقود إذا كان النزاع ثُنائياً لا ثلاثياً كما في المقام و ذلك بأن اتّفق المالك و القابض على صـدور عقد من المالك فيدّعي الأوّل أنه كان إيداعاً و الآخر أنّه كان إجارة أو بالعكس و لو كان كذلك فالمرجع في

---

(۱) زين الدين العاملي، المسالك: ۲/ ۴۳۷.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۰

الصورتين هو ضمان ما أتلف إلّا إذا ثبت تسليط المالك على ماله بالمجّان.

ثمّ إنّ المفروض أنّ من بيـده المـال إمّا غائب عن محلّ المحاكمـة أو ميّت و ليس للوارث فيها ادّعاء فلا تلحق المسألـة بالصورة الثالثة التي، قلنا إنّ لها حالات خمس: حيث إنّ الثالث إمّا أن يصدّقهما أو يصدّق أحدهما أو يكذبهما إلى آخر ما ذكرناه بل الأولى إلحاقها بالصورة الرابعـة الأصـلية الماضـية، التي يدّعي المدّعيان فيها عيناً، ليس لأحد عليها يد و المقام أيضاً نظيرها و قد تقدّم أنّ المرجع فيها هي القرعـة، لخبر عبد الرحمن بن أبي عبد اللّه البصري و فيه: كان علي عليه السَّلام إذا أتاه رجلان يختصـمان بشـهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين «۱» و نظيره خبر داود بن سرحان ۲ و حسنة زرارة ۳ و صحيح الحلبي ۴.

ترى أنّ جميعها تؤكـد على القرعـة عنـد عـدم الترجيـح و إلّا فالعمل بأرجـح البيّنتين و قـد اتخـذ المحقق هذه الروايات سـنداً لفتواه و روايات القرعـة و إن كانت مطلقـة تعم الصور الأربع، لكنّها محمولـة على غير الصورتين الأُوليين جمعاً بين الأدلّة كما أنّها ساكتة عن ردّ اليمين إذا نكل من خرجت القرعة باسمه، لكنّه ورد في صحيح إسحاق بن عمّار ۵ و فيه: «فقيل له فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البيّنة. فقال: احلفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصـفين». ۶ بعد تقييد الإحلاف في الصـحيح بالإقراع جمعاً بينه و بين الروايات السابقـة كما يقيّـد معتبر غياث بن إبراهيم بمجموع ما سـبق حيث جاء فيها: «لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين».

المسألة الخامسة: قد ذكر المحقّق فيها فروعاً ثلاثة:

اشارة

---

(۱) ۱، ۲، ۳، ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵، ۶، ۷، ۱۱.

(۲) ۵ و ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲ و ۳.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۱

الفرع الأوّل: لو ادّعى داراً في يد انسان و أقام بيّنة أنّها كانت في يده أمس أو منذ شهر، فهل تُسْمع البيّنة أو يقضي بظاهر اليد؟

التحقيق أنّه يقضـي بظـاهر اليـد لأنّ مفـاد البيّنـة لاـ يتجاوز عن كونه مالكاً، أو كون العين تحت يـده أمس، أو متصـرّفاً فيها في ذلك الظرف، و هي بهـذا المضـمون لا تعارض ظاهر اليد الدال على كونه مالكاً الآن، إذ لا منافاة بين المضـمونين، حتّى يقدّم أحدهما على الآخر.

أضف إلى ذلـك، أنّ الشـهادة لاـ تطابق الـدعوى إذ بيّنته قائمـة على مالكيته في الظرف الغابر و لكنّه يـدّعي أنّه المالك الآن، فكيف

تثبت بها.

نعم استقرب المحقّق القضاء على وفق البيّنة قائلًا بأنّ اليد الحاضرة و إن كانت دليل الملك لكن الملكية السابقة المسلّمة إذا ضمّ إليها الاستصحاب يثبت انّه المالك الآن، و أمّا كونها أرجح لتضمّن البيّنة مع الاستصحاب شيئاً زائداً على مفاد اليد و هو كونه مالكاً فى الزمن السابق.

و ذهب الشيخ إلى عدم السماع و قال:

«إذا ادّعى داراً فى يد رجل فقال: هذه الدار الّتى فى يديك لى و ملكى فأنكر المدّعى عليه فأقام المدَّعى البيّنة أنّها كانت فى يديه أمس أو منذ سنة سواء، فهل تُسمع هذه البيّنة أم لا؟ قال قوم: هى غير مسموعة. و قال آخرون: مسموعة و يقضى للمدّعى، و لا فصل بين أن تشهد البيّنة له بالملك أمس، و بين أن تشهد له باليد أمس، و الصحيح عندنا أنّ هذه الدعوى غير مسموعة.

فمن قال: هى مسموعة حكم بالدار للمدّعى، و من قال: غير مسموعة فلا بيّنة مع المدّعى فيكون القول قول المدّعى عليه مع يمينه». «۱»

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۶۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۲

يلاحظ على مختار المحقّق أوّلًا: أنّه لو افترضنا العلم الوجدانى بكون المدّعى مالكاً أمس لا يكون معارضاً لمفاد اليد، فكيف بالبيّنة القائمة مقامها؟!

و ثانياً: أنّ اليد مقدّمة على الاستصحاب و إلّا لزمت لغوية حجّية اليد، إذ ما من عين تحت يد إنسان، إلّا و هى كانت ملكاً للغير قبل استيلاءه عليها فلو كان الاستصحاب مقدّماً على مفاد اليد، لزمت لغوية تشريع حجّيتها و لذلك قالوا بحكومة اليد على الاستصحاب.

و ثالثاً: مَنِ المستصحب، فهل هو الحاكم، أو الشاهد؟ أمّا الأوّل فليس بصحيح لأنّ أداة القضاء حسب النبوى الشريف منحصرة فى البيّنة و اليمين لا غير، أمّا الثانى، فقد تعرّض به العلّامة فى القواعد و قال لو قال: أعتقد أنّه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، أوجهه أنّ له الشهادة بما شهد، لا بما استصحب.

الفرع الثانى إذا شهدت بيّنة المدّعى أنّ صاحب اليد غصبها أو استأجرها منه

حكم ببيّنة المدّعى، لأنّها شهدت بالملك و سبب يد الثانى.

حاصله: وجود الفرق بين الفرعين فإنّ البيّنة فى الأوّل شهدت بملكية المدّعى فى الأمس، و لذلك لم تزاحم مقتضى اليد و هو أنّ المتشبّث مالك، بخلاف هذا.

توضيحه: إنّ البيّنة إمّا أن تشهد بأنّ استيلاء الثانى على العين كان عدوانياً أو أمانيّاً من جانب المالك و هو مستمر إلى حين الشهادة، و إمّا أن تشهد بأنّه كان كذلك فى السابق من دون تعرّض للوضع الحاضر.

أمّا الأوّل: فالبيّنة بالدلالة الالتزامية تدلّ على أنّ المدّعى هو المالك و الآخر هو الغاصب أو المستأمن من جانب المالك فتقدم على مقتضى اليد لتبين فسادها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۳

و على الثانى فالشهادة و إن كانت مقتصرة على الماضى غير انّ قول من أقام البيّنة هو الموافق للأصل و هو عدم تجدّد يد أُخرى غير الأُولى له. فيكون منكراً فيكون قول القائل بحدوث يد أُخرى وراء الاستيلاء الغصبى أو الاستيجارى مدّعياً فيحلف.

و بذلك بان الفرق بين الفرعين و حاصله تبيّن فساد اليد فى الثانى دون الأوّل. و إلى ما ذكرنا ينظر كلام الشيخ حيث قال:

هـذا إذا لم يعلم سـبب يد المدّعى عليه، فأمّا إذا علمت سـبب يد المدّعى عليه، فقالت البيّنة نشـهد أنّه كان فى يده، و أنّ الذى هو فى يده أخذه منه أو غصـبه إيّاها أو قهره عليها فحينئذ يقضى للمدّعى بالبيّنة لأنّها شهدت له بالملك، و سبب يد الثانى، فلهذا حكمنا عليه بذلك، و يفارق إذا لم يشـهد بسبب يد الثانى، لأنّ اليد إذا لم يعرف سببها دلّ على الملك، فلا تزال بأمر محتمل، فبان الفصل بينهما. «۱»

الفرع الثالث قال المحقق: لو قال غصبنى إيّاها و قال آخر بل أقرّ لى بها و أقاما البيّنة

قضى للمغصوب منه و لم يضمن المقرّ لأنّ الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبيّنة.

قال الشـيخ: إذا تنازعا داراً فى يـدى رجل فادّعى أحـدهما فقال هذه الدار غصـبتنى عليها و أقام البيّنة بذلك و قال الآخر: الدار لى أقرّ لى بها و أقام البيّنـة بذلك، حكمنا بها للمغصوب منه لأنّها شـهدت له بالملك، و أنّ الدار فى يده غصب، و الّتى شـهدت على الإقرار بها كان إقراره بـدار مغصوبـة، فلا ينفـذ إقراره فيها فيدفع الدار إلى المغصوب منه و لا يغرم المدّعى عليه شـيئاً للّذى شـهد له بالإقرار، لأنّه ما حال بينه و بينها، و إنّما حالت البيّنة بينه و بين الدار، فلأجل

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۶۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۴

ذلك لم يلزمه شىء. «۱»

توضيـح صورة الفرع: أنّ النزاع فى الفرعين السابقين كان ثنائياً فكان المـدّعى ذا بيّنـة أمام صاحب اليـد غير أنّ البيّنـة كانت قائمـة فى الفرع الأوّل على الملكية فى الظرف الغابر، من دون تعرّض لفساد اليد، بخلافها فى الصورة الثانية فهى كانت قائمة على فساد اليد على التفصـيل السابق، و أمّا المقام فالنزاع ثلاثى فالعين بيد الثالث و أحد الشخصـين يدّعى كونه مالكاً بشهادة بيّنته و الشخص الآخر يدّعى أنّ ذا اليـد أقرّ بمالكيته و أقام بيّنـة على إقرار الثالث لـذلك الشـخص، ففى هـذا الفرع تقـدّم بيّنة المدّعى لأنّها أثبتت فساد اليد و أنّها كانت عدوانية أو غير مالكية فيفسد إقراره فى زمن اليد لانّه إقرار إمّا بعين مغصوبة أو غير مملوكة، فلا ينفذ فى حقّ الآخر.

ثمّ إنّ هناك سؤالًا، و هو أنّ المقرّ أى الشـخص الثالث هل يضـمن قيمتها للمقرّ له أو لا؟ و الظاهر عدم ضمانها لانّه ليس من قبيل من أقرّ لشـخص بعد إقراره لشـخص آخر و إنّما أقرّ لشـخص واحد و هو بعدُ على إقراره و لم يكن سبباً للحيلولة بينها و بين مالكها (المقرّ له) و إنّما حالت بيّنة المدّعى، فلا يصحّ تنزيل بيّنة المدّعى إقراراً أوّلًا و إقراره للمقرّ له إقراراً ثانياً. غاية ما فى الباب يعد إقراره حسب الظاهر إقراراً كاذباً و أمّا الواقع فاللّه هو العالم.

تمّ الحديث حول المقصد الأوّل من المقاصد الأربعة التى تعرفت على فهرسها و إليك الكلام حول المقصد الثانى.

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۷۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۵

المقصد الثانى: فى الاختلاف فى العقود

اشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأُولى: إذا اتّفقا على استئجار دار معيّنة شهراً معيّناً و اختلفا فى الأُجرة

اشارة

و للمسألة شقوق و إليك بيانها:

۱- إنّهما إمّا أن يعدما البيّنة.

۲- و إمّا أن يقيما البيّنة.

۳- و إمّا أن يقيم أحدهما البيّنة.

و على كلّ تقدير فالاختلاف إمّا بعد استيفاء المدّة أو فى أثنائها أو فى ابتدائها فتكون الصور حينئذ تسع.

أمّا الشقّ الأوّل بصوره الثلاث «۱» فالمشهور تقديم قول المستأجر

و عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، و أنّ النزاع من قبيل المدّعى و المنكر فالمؤجر يدّعى على المستأجر عشرة دنانير، و المستأجر يعترف بخمسة و ينفى الزائد، فالبيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر، خلافاً للشيخ حيث قال بالتحالف و جعل المقام من قبيل التداعى و قال بوجوب أُجرة المثل «۲»، و أفاد ما هذا توضيحه:

إنّ كلّا منهما مدّع و مدّعى عليه، لانّ العقد المتشخص بالعشرة غير العقد

(۱) لا يخفى على القارئ انّ تفصيل المطالب بصورة المسائل راجع إلينا و إلّا فالمحقق يورد الفروع بلا تفصيل.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۶۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۶

المشتمل على الخمسة خاصة، فيكون كلّ واحد منهما مدّعياً لعقد غير العقد الذى يدّعيه الآخر و هذا يوجب التحالف حيث لم يتفقا على شيء و يختلفا فيما زاد عنه.

و أورد عليه فى المسالك بأنّ العقد لا نزاع بينهما فيه و لا فى استحقاق العين المؤجرة للمستأجر و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر و إنّما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه إلى عموم الخبر (البيّنة للمدّعى و اليمين على من أنكر) و لو كان ما ذكر من التوجيه موجباً للتحالف يورد فى كلّ نزاع على حق مختلف المقدار كما لو قال: اقرضتك عشرة فقال: لا بل خمسة، فإنّ العقد المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر و كما لو قال: ابرأتنى من عشرة من جملة الذى عليه فقال: بل من خمسة، فإنّ الصيغة المشتملة على إسقاط أحدهما غير الأُخرى و هكذا القول فى غيره و هذا ممّا لا يقول به أحد، و الحقّ أنّ التحالف إنّما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه كما لو قال الموجر: آجرتك الدار شهراً بدينار فقال المستأجر: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشرة فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك، أمّا فى التنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح. «۱»

ثمّ إنّ صاحب الجواهر بعد ما نقل نقد المسالك أراد إيجاد التصالح بينه و بين الشيخ بأنّه يجب الإمعان فى مصبّ الدعوى، فإن كان مصبّ الدعوى هو اختلافها فى تشخص العقد الذى هو سبب الشغل فالمورد من قبيل التحالف إذ لا فرق فى مشخصاته بين زيادة الثمن و نقصانه و بين غيرهما من المشخصات.

و إن كـان مصبّ الـدعوى هو طلب الزائـد و إنكـاره و إن صـرّحا بكون ذلـك من ثمن الإجـارة يكون من باب التنازع و كان الموجر مدّعياً و المستأجر منكراً. «۲»

و لاـ يخفى ما فى نظره من التكلّف فإنّ مفهوم المـدّعى و المنكر من المفاهيم العرفيـة الموجودة قبل الإسـلام و بعـده و ليس الإسـلام مخترعاً لهذين المفهومين، و على

---

(۱) المسالك: ۲/ ۴۳۸.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۴۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۷

ضوء ذلك فبما أنّ المترافعين من عامة الناس و ليس لهما غرض إلّا استحصال الحقّ فعلى ذلك لا يكون مصبّ الدعوى و ما يذكرونه فى كلامهمـا مقياساً لتشـخيص المـدّعى عن المنكر لأنّ كلامهما هـذا مرآة و طريق إلى نواياهم و أغراضـهم التى دعتهم إلى الحضور للمحكمة و هى تحصـيل الحق، و عليه فلا فرق بين الصورتين سواء قال المدّعى آجرته الدار بعشرة و قال الآخر: آجرنى الدار بخمسة، أو قال: لى عليه عشـرة دينار من أجل إجارة الـدار و قال الآخر: علىّ له خمسـة دينار من تلك الجهـة و على كلّ تقـدير فلو كان النزاع بعد الاستيفاء فالغرض الأصلى للحضور فى المحكمة هو استحصال الزائد عن الخمسة.

نعم لو كان هناك اختلاف فى المبيع كأن يقول أحدهما: بعتك غنماً و قال الآخر: باعنى بقرة، أو قال الأوّل: بعتك الغنم بعشرة دنانير و قال الآخر: باعنى بثوب أو كتاب، فلا شكّ أنّ المقام من قبيل التـداعى إذ لم يتّفقا على شـىء حتّى يختلفا فى الزائـد. هذا كلّه حول الصورة الأُولى و إليك الكلام حول الصورة الثانية.

الصورة الثانية إذا اتفقا على استئجار دار معيّنة شهراً معيّناً و اختلفا فى الأُجرة و أقام كلّ منهما بيّنة بما قدر

، فقد نقل المحقق قولين:

۱- إن تقدّم تاريخ إحداهما عمل به، لأنّ الثانى يكون باطلًا.

و إن كان التاريـخ واحـداً تحقق التعارض إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، قال: هذا اختيار شيخنا فى المبسوط. «۱»

و لنأخذ هذا القول بالبحث.

---

(۱) لاحظ المبسوط: ۸/ ۲۶۳، و قد بسط الكلام فى الصور و لخصه المحقق.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۸

أمّا الشق الأوّل من كلامه و هو: تقـديم أقـدم البيّنتين تاريخاً، فكما إذا شـهدت إحـداهما على إجارة الـدار بأُجرة فى شـهر رمضان و الأُخرى على الإجارة فى شـهر شوال و هو مبنىّ على أنّ التقـدّم بالتاريـخ من المرجّحات، و قـد تقـدّم الكلام منّا عنـد قول المحقق: «و الشـهادة بقـديم الملـك أولى من الشـهادة بالحـادث» و قلنـا هنـاك: إنّ التقـدّم تاريخيـاً ليس بمرجّـِح، بـل ليست البيّنتـان عندئـذ من المتعارضـين إذ لاـ منافاة بين العقـدين لإمكـان وقوع إقالـة بينهمـا، و الحكم ببقـاء الإجـارة الأُولى تمسـكاً بالاستصـحاب غير تام لانّ المستصحِب إمّا هو الحاكم أو الشاهد.

أمّا الأوّل فالمفروض انّ أداة القضاء منحصرة فى الأيمان و البيّنات و ليس الاستصحاب منهما.

و أمّا الثـانى، فـالمفروض سـكوت الشاهـد عن الحالـة اللاحقـة و قـد تفطّن صاحب الجواهر بهـذا الإشـكال و حاول دفعه بقوله: «بعد

اتّفاقهما على عـدم الإقالـة» لكن كلام المحقق مطلق، نعم لو اتّفقت البيّنتان أو الطرفان على عدم الإقالة قُدِّمتْ البيّنة الأولى لأنّ الاتفاق على عدم الإقالة يثبت بقاء الإجارة الأُولى، فيكون العقد الثانى باطلًا.

و أمّـا الشقّ الثـانى، أى إذا لم تكونـا مؤرختين أو كانت إحـداهما مؤرخـة دون الأُخرى، فالحكم بالإقراع مبنىّ على دخول المورد فى روايـات البـاب التى مرّت فى المسائـل السابقـة، و الفارق بين هـذه الصورة و الصورة الأُولى حيث ذهب الشـيخ هناك إلى التحالف و التساقط و الحكم بفسـخ العقـد و الرجوع إلى أُجرة المثل بخلاف المقام، حيث اختار القرعـة ثمّ حَلْفِ من خرجت القرعـة باسـمه، هو وجود البيّنتين فى المقام دون الآخر.

و بعبـارة أُخرى لمّـا كـانت الـدعوى فى الصورة الأُولى مجرّدة عن البيّنـة دخل المورد عنـد الشـيخ فى باب التـداعى و الحكم فيه هو التحالف و انفساخ العقد بحكم الحاكم و الرجوع إلى أُجرة المثل، بخلاف الصورة الثانية فإنّ اقترانها بالبيّنتين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۴۹

جعلها داخلـة فى باب تعارض البيّنتين و الحكم فى مثلها هو الإقراع إذا لم تكن إحـداهما مرجّحـة، و فى الحقيقـة تكون الصورة الثانية أشـبه بالصورة الرابعـة من الصور الأربع الماضـية فى المسائل السابقـة و هو إذا ما ادعيا شـيئاً و لم يكن عليه يـد واحد منهما، فإنّ العين المستأجرة خارجة عن حريم النزاع، و أمّا المنافع فليست عليها يد لأنّ استيفاءها تدريجى لا يقبل الاستيلاء.

هذا توضيح لكلام الشيخ و سيوافيك ما فيه.

۲- مـا حكى عن ابن ادريس أنّه يقضـى ببيّنـة المؤجر. لأنّ القول قول المسـتأجر لو لم يكن بيّنـة، و من كان القول قوله مع عـدم البيّنة كانت البيّنة فى طرف المدّعى، و حينئذ نقول هو مُدعى زيادة و قد أقام البيّنة بها فيجب أن يثبت.

ثمّ إنّ المحقق بعـد مـا نقل القولين قال: و فى القولين تردّد، و فسّـره فى الجواهر بقوله: «و فى إطلاق القولين تردّد». بناء على ما مضـى منه من جعـل الـدعوى تـارة من قبيـل المـدّعى و المنكر، و أُخرى من قبيل المتـداعيين. و حاول بـذلك أن يثبت أنّ المحقق تأمل فى إطلاق كلّ من القولين و إلّا فالقولان بلا إطلاق صحيحان لكن كلًا فى مورده.

يلاحظ على هـذا القول، بأنّه لم يـدل دليل على ما ادعاه «من أنّ كل من كان القول قوله مع عدم البيّنة كانت البيّنة فى طرف المدّعى» و ذلك لأنّه إن أراد انّه تسـمع بيّنـة المدّعى إذا لم تكن للآخر بيّنة فهو متين و لكنّه غير المدّعى، و إن أراد أنّه تقدّم بيّنة المدّعى على بيّنة المنكر فهو أوّل الكلام لما مرّ من أنّ قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «البيّنة للمدّعى و اليمين على من أنكر» لا يحمل معنىً سلبياً و هو عدم حجّية بيّنة المنكر إذا كانت مع المدّعى بيّنة، بل أقصى ما يستفاد منه هو أنّ إقامة البيّنة من واجب المدّعى فى مقابل المنكر و أنّ المنكر يكفيه عدم الدليل على الإثبات، و بعبارة أُخرى أنّ العبء على عاتق المدّعى و ليس على عاتق المنكر شىء، لانّ المدّعى يريد إثبات حقّ أو إزالته، فعليه السعى و الجهد دون المنكر، و أمّا أنّه إذا سعى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۵۰

المنكر و تحمل العبء و أقام بيّنة فلا تسمع، فهذا ما لا يستفاد من الحديث النبوى.

و على ذلك تكون البيّنتان متعارضتين، فيؤخذ بأرجحهما كالأكثرية عدداً و عدالة، و إلّا فيرجع إلى القرعة كما ذكره الشيخ.

و مع ذلـك كلّه فقول الشـيخ من الرجوع إلى القرعـة فى المقـام، مبنىّ على وجود الإطلـاق فى الروايـات الآمرة بالقرعـة عنـد تعارض البيّنتين بحيث يشـمل الاختلاف فى العقود و قد قدّمنا الكلام فيه بدراسة روايات الباب و حاصـله أنّ موردها بين مجمل فاقد للإطلاق كخبر عبد الرحمن البصـرى فيه: ثمّ يجعل الحق للذى يصـير عليه اليمين إذا حلف. «۱» و خبر داود بن سـرحان فى شاهدين شهدا على أمر و جـاء ... فأجاب يقرع بينهم فأيّهم قرع، عليه اليمين و هو أولى بالقضاء ۲ و صـحيح حمّاد فى رجلين شهدا على أمر ۳ و بين وارد فى الحقوق كخبر داود بن أبى يزيـد العطّار ۴ الوارد فيمـا إذا ادعيـا زوجيّـة امرأة، أو الأمـوال و هى أكثرها كروايـة زرارة الواردة فى الاختلاف فى مقـدار الدرهم الذى كان عنده و رواية سـماعة ۵ و رواية عبد اللّه بن سـنان ۶ الواردتين فى الاختلاف فى ملكيـة الدابة

فكيف يمكن التمسك بها فى الاختلاف فى العقود كما فى المقام حيث إنّ أحدهما يدّعى أنّه آجره بعشر و الآخر بخمس، ففى مثل المقام لا محيص من الرجوع إلى أحد الأُمور الثلاثة:

۱- ترجيح بيّنة المدّعى على بيّنة المنكر، كما عليه ابن إدريس قائلًا بعدم حجّية بيّنة المنكر، عند التعارض.

۲- ترجيح بيّنة المنكر أى الداخل لما مرّ من ورود ترجيحها على الأُخرى فى الروايات و لكن شمولها للمقام مشكل، لأنّ ترجيح بيّنة المنكر عند الاختلاف فى الملكية لأجل أنّ استيلاءه على العين يكون مؤكداً لصدق بيّنته و مرجحاً لها فتقدّم

---

(۱) ۱- ۶ الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵، ۶، ۱۱، ۸، ۷، ۱۲، ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۵۱

على الأُخرى. و أمّا المقام فليس النزاع فى ملكية العين حتّى يعدّ الاستيلاء مرجّحاً لها بل فى أُجرة منفعة العين قبل الاستيفاء أو بعده أو أثنائه و نسبة المنفعة التى اتّفقا على نقلها، إلى المدّعى و المنكر، سواء.

۳- الرجوع إلى قواعد القضاء بعد سقوط البيّنتين من الحجّية و هو إمّا التحالف و انفساخ العقد و الرجوع إلى أُجرة المثل إذا كان المورد من قبيل التداعى أو استحلاف المنكر إذا كان من باب التنازع و اختلاف المدّعى و المنكر، فيحلف المنكر أو يردّه إلى المدّعى و بما أنّ المقام من قبيل الثانى، بشهادة أنّ المؤجر بصدد إثبات حقّ غير ثابت، فالمرجع حلف المنكر.

الصورة الثالثة: إذا كانت البيّنة لأحدهما

إذا كانت البيّنة لأحدهما فعلى ضوء ما ذكرنا يؤخذ بها سواء كانت للمدّعى أو للمنكر، و على ما ذكره ابن إدريس من عدم حجّية بيّنة المنكر فيؤخذ بها إذا أقامها المدّعى لا المنكر، و قد عرفت ضعفه.

المسألة الثانية لو ادّعى استئجار دار فقال المؤجر بل آجرتک بيتاً منها

اشارة

للمسألة صور ثلاث:

الأُولى: إذا لم تكن لهما بيّنة.

الثانية: إذا كان لهما بيّنة.

الثالثة: إذا كانت لأحدهما بيّنة.

[أما الصورة الأولى إذا لم تكن لهما بينة.]

أمّا الأُولى: ففيها قولان:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۵۲

۱ قول الشيخ و هو أنّه يقرع بينهما.

۲- قول ابن إدريس و هو أنّ القول قول الموجر.

أمّا قول الشيخ فهو مبنيّ على أنّ المقام من باب التداعى فيقرع بين المدّعين.

يلاحظ عليه أوّلًا: أنّ المقام من قبيل الأقلّ و الأكثر فالمستأجر يدّعى استئجار جميع البيت و الموجر يدّعى غرفةً واحدةً، و على ضابط

القضاء يحلِفُ المنكر و هو الموجر كما عليه القول الثانى. نعم إنّما يكون من باب التداعى إذا اختلفا فى الدار المستأجرة فادّعى كلّ، إجارة دار، غير ما يدّعيه الآخر، و المفروض فى كلام المحقّق غير ذلك.

و ثانياً: نفترض أنّه من باب التداعى لكن حكمه التحالف لا القرعة فيتحالفان فينفسخ العقد بحكم الحاكم فيرجع إلى أُجرة المثل عند الاستيفاء، و العجب أنّ المحقّق اختار القرعة و استدل عليه بقوله: «لأنّ كلًا منهما مدع» مع أنّ مقتضى تعليله التحالفُ و الفسخ، لا القرعة.

و أمّا قول ابن إدريس فهو الحقّ كما تبيّن.

و أمّا الصورة الثانية [أى إذا كان لهما بينة]

فقد أفاد المحقّق و قال:

«و لو أقام كلّ منهما بيّنة تحقّق التعارض مع اتّفاق التاريخ و مع التفاوت يحكم للأقدم لكن إن كان الأقدمُ بيّنةَ البيت حكم بإجارة البيت بأُجرته، و بإجارة بقيّة الدار بالنسبة من الأُجرة».

فله دعويان:

الأُولى: أنّه مع اتّفاق التاريخ أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما و تاريخ الأُخرى و التساوى فى العدد و العدالة، يقرعُ بينهما، و لكنّه مبنىّ على شمول أدلّة القرعة عند تعارض البيّنتين للاختلاف فى العقود كما فى المقام، حيث يختلفان فى

أنّ العقد هل تعلّق بالبيت وحده أو على مجموع الدار، و قد عرفت أنّ روايات القرعة بين مجمل لا يحتج به، أو مختص بالأعيان الشخصية و لا يعمّ الاختلاف فى العقود، و على ذلك فالرجوع إلى القرعة غير واضح و سيوافيك ما هو المرجع فى هذه الحالة.

الثانية: أنّه مع التفاوت فى التاريخ يحكم للأقدم، و لكن إن كان الأقدم بيّنة البيت حكم بإجارة البيت بأُجرته و بإجارة بقية الدار بالنسبة من الأُجرة. و ذلك لأنّه إذا كانت بيّنة البيت متقدّمة التاريخ يؤخذ بها فتكون الأُجرة المدعاة على ذمّة المستأجر شرعاً.

و بما أنّ بيّنة المستأجر قامت على استئجار الدار بنفس الأُجرة يحكم بها عليه و لمّا ثبت استئجار البيت بالبيّنة السابقة تستقر بها عليه أُجرة الدار سوى ما يقابل البيت مثلًا إذا فرض أنّ الأُجرة التى اتّفقا عليها عشرة دنانير لكن ادّعى المستأجر أنّها أُجرة الجميع و ادّعى الموجر أنّها أُجرة البيت و كان المتقدّم تاريخاً بيّنة البيت، ثبت على المستأجر خمسة عشرة: عشرة دنانير أُجرة البيت ببيّنة المؤجر و خمسة فى مقابل باقى الدار ببيّنة المستأجر.

يلاحظ عليه: أنّه كيف يمكن أن يحكم على المستأجر بدفع خمسة عشر دينار مع أنّهما متسالمان على أنّ الموجر لا يستحق أكثر من عشرة دنانير فكيف يستحق الخمسة مع العلم التفصيلى بعدم الاستحقاق و قياس المخالفة فى المقام بالمخالفة فى مورد الودعىّ حيث إنّ الدينار المتروك لواحد منهما فكيف يُقسَّم بينهما قياس مع الفارق، لأنّ مرتبة الحكم الظاهرى محفوظ فى العلم الإجمالى بالمخالفة دون العلم التفصيلى بها، فلا يجوز المخالفة معه أبداً.

و بذلك يظهر أنّ ما اعتذر به صاحب الجواهر عن هذا الإشكال غير تامّ، حيث قال: و لا ينافى ذلك خروجُه عن دعواهما الّتى هى وقوع عقد واحد منهما و كون العوض فيه عشرة، و إنّما الاختلاف فيما تضمّنه فى مقابلة العشرة، الدار

أو البيت لأنّ الثابت فى الشرع حجّية بيّنتهما لا دعواهما و قد اقتضتا ما عرفت. «۱» و ذلك لأنّهما إذا اتّفقا على وحدة العقد و مقدار الثمن فكيف يستحقّ أكثر ممّا اتّفقا عليه و ما ذكره إنّما يصحّ فى مورد العلم الإجمالى لا التفصيلى كما فى المقام.

و الظاهر وحدة الحكم فى الصورتين (فقدان البيّنة و واجد منها)، و ذلك لأنّه إذا لم تشمله أدلّة القرعة (لأجل كون النزاع فى العقود

لا ـ الأعيان الشخصية) فالمرجع هو تساقط البيّنتين عن الحجّية و الرجوع إلى قواعد القضاء و بما أنّ المورد من قبيل الأقلّ و الأكثر فيؤخذ بقول المنكر و هو الموجر لما عرفت فى الصورة الأُولى.

اللّهمّ إلّا إذا لم يكن بين البيّنتين تعارض كما إذا كان إحداهما أقدم تاريخاً فيؤخذ بها إذا اتّفقا على عدم عقد ثان فيقضى به سواء كان الأقدم بيّنةَ الموجر أو بيّنة المستأجر، و تكون ذمة المستأجر مشغولة بثمن واحد، فتكون النتيجة:

الأخذ بقول المنكر (الموجر) عند فقدان البيّنة.

الأخذ بقول الموجر عند وجود البيّنتين مع وحدة التاريخ.

الأخذ بأقدم البيّنتين إذا كان هناك اختلاف فى التاريخ.

و أمّا الترجيح بالأكثرية عدداً و عدالة فإنّما هو إذا كانت البيّنتان حجّتين و قد قلنا بالتساقط، و إنما أخذنا بالأقدم لأنّه يبطل مفاد البيّنة الثانية و لأجل ذلك لم نأخذ بهما عند وحدة التاريخ.

الصورة الثالثة: إذا كان لأحدهما بيّنة

و حكمها أنّه يؤخذ بها سواء كان المؤجر أو المستأجر.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۶۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۵۵

المسألة الثالثة: فيما إذا اتّحد البائع و تعدّد المشترى

اشارة

هذه المسألة و ما تليها من الرابعة و الخامسة فيها جهة اشتراك، و جهة اختلاف: أمّا وجه الاشتراك فالاتفاق على المبيع المعيّن فى جميعها و أمّا وجه الاختلاف ففى الثالثة وحدة البائع و تعدّد المشترى حسب الظاهر و فى الرابعة تعدد البائع و وحدة المشترى كذلك، و فى الخامسة تعددهما حسب مفهوم البيّنة.

ففى المسألة الثالثة أى وحدة البائع و تعدد المشترى، يكون المحور عندنا هو إقرار البائع و إنكاره من غير فرق بين صورة فقدان البيّنة و وجدانها على الإطلاق نعم على فرض وجود البيّنة لواحد منهما، يقضى على صاحبها و يغرم البائع لو أقرّ على غير صاحبها. هذا إجمال الكلام و إليك التفصيل:

لو ادّعى كلّ منهما أنّه اشترى داراً معيّنة من شخص بعينه، و أقبض الثمنَ و هى فى يد البائع «۱» فللمسألة صور ثلاث:

الصورة الأُولى: إذا لم يكن لهما بيّنة

فعندئذ يرجع إلى صاحب اليد فإن كذّبهما حلفَ لهما و اندفعا عنه. و إن صدّق أحدهما دفع له العين و حلف للآخر.

الصورة الثانية: لو أقام كلّ منهما بيّنة مع تساوى البيّنتين عدالة و عدداً و تاريخاً أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة و الأُخرى مؤرخة

، و تحقّق التعارض و لم يمكن الجمع بينهما قال المحقق:

«حكم لمن يخرج اسمه مع بيّنته» و على ضوء ما ذكره فإن حلف يقضى له و يلزم البائع إعادة الثمن إلى الآخر لأنّ قبض الثمنين غير

ممکن فإن نکل الخارج بالقرعهٔ أُحلِف الآخر، و إن نکلا قسّمت العین بینهما و رجع کلّ منهما بنصف الثمن.

---

(۱) لاحظ المبسوط: ۸/ ۲۸۱۲۸۰ فقد بسط الکلام فی المسألهٔ.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۵۶

و هـل لهما الفسـخ حینئـذ لتبعّض الصـفقهٔ؟ وجهان: الخیار لوجود المقتضـی للفسـخ، و عـدمه لأنّ التبعّض جاء مِن قبلهما فإنّ الخارج بالقرعـهٔ لو حلف لأخذ الجمیع، فکان التبعیض من قبله و علی کلّ تقدیر فإن فسخ أحدهما أخذ الآخر الجمیع لعدم المزاحم و لا خیار له لأنّ المقتضی للخیار تبعّض الصفقهٔ و قد انتفی و یحتمل وجود خیار لأنّه إذا ثبت له ابتداء یستصحب بقاؤه. «۱»

یلاحظ علیه: أن لا فرق بین الصورتین (وجود البیّنـهٔ و عدمها) فکما یرجع إلی البائع عند عدم البیّنهٔ، فهکذا یرجع إلیه عند وجودها فلو أقرّ بهما، یکون المقرّ لهما بمنزلـهٔ ذوی الیـد فیـدخل تحت الصورهٔ الأُولی من الصور الأربع الماضیـهٔ فی مبحث تعارض البیّنات، و إن أقرّ بأحدهما یدخل تحت الصورهٔ الثانیهٔ منهما و قد وقفت علی حکمهما.

و وجهه، أنّ من ملک شـیئاً ملک الإقرار به، فکما أنّ إقراره حجّهٔ فیما إذا لم تکن هناک بیّنـهٔ، فهکذا فیما إذا کانت بیّنهٔ، و قیام البیّنهٔ إنّمـا یزاحم إقراره لثـالث لاتّفاقهمـا علی نفی الثـالث، و أمّا الإقرار لواحـد منهما أو لکلیهما فلا یزاحمه قیام البیّنـهٔ کعـدم حجّیتهما فی مفادهمـا المطـابقی أی کون المالـک واحـد منهما فقط مثلًا و إن کانتا حجّهٔ فی مفادهما الالتزامی. و قـد صـرّح صاحب الجواهر بأنّ تصدیق البائع یجعل المقرّ له بمنزلهٔ ذی الید. «۲»

نعم نقـل صـاحب الجواهر عن کشف اللثـام بعـدم الاعتبـار بإقراره لاعترافه بأنّه لیس له علیها یـد ملک و لکنّه مشترک بین الصورتین (وجود البیّنـهٔ و عـدمها) لأنّه فی کلتـا الصورتین غیر مالـک للمقرّ به و إنّما المالک أحـد المشتریین أو کلاهما، و قیام البیّنتین لا یفید أکثر من إقراره بانّه لیس مالکاً الآن و لکن إقراره الآن من آثار مالکیته السابقهٔ.

و الحاصل أنّ الإقرار لهما یجعلهما کالمتنازعین فی شیء إذا أقاما بیّنهٔ و لهما ید

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۳۹.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۴۶۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۵۷

علیه فیقسم بینهما. و إن أقرّ لأحدهما یکون المقرّ له کالمتنازعین إذا أقاما بیّنهٔ لأحدهما ید علیهما، فقد مضـی فیها القولان: تقدیم بیّنهٔ الـداخل کما هو الأقوی أو تقـدیم بیّنـهٔ الخارج و قـد تقـدّم. و هل للبائع ردّ مثل الثمن إلیهما إذا أقرّ لهما، أو إلی واحـد إذا أقرّ لغیره، الظاهر ذلک لإمکان صدق البیّنتین.

نعم لیس له تکذیبهما لقیام البیّنتین علی البیع فهما حجّتان فی القدر المتیقّن و هو بیعه منهما.

[الصورهٔ] الثالثهٔ: إذا کان لواحد منهما بیّنهٔ فیؤخذ بها سواء أ کانت موافقهٔ لما یقرّ به البائع أو لا،

غایـهٔ الأمر إذا أقرّ البائع بغیر ما قامت البیّنهٔ علیه یلزم علی البائع إعادهٔ الثمن إلی المقرّ له، لأنّه بإقراره أخذ الثمن و لم یدفع إلیه المثمنَ و اللّه العالم.

المسألهٔ الرابعهٔ: فیما إذا تعدّد البائع و اتّحد المشتری

اشارة

لو ادّعی اثنان، أنّ ثالثاً، اشتری من کلّ منهما هذا المبیع.

هـذه المسألـة عکس المسألـة السابقة حیث کان البائع هناک واحداً و المشتری حسب الظاهر متعدداً علی عکس المقام حیث إنّ البائع حسب الظاهر متعدد، و المشتری واحد.

و المحور عنـدنا فی هـذه المسألة إقرار المشتری لواحد أو کلیهما أو إنکارهما إلّا إذا أمکن صدق البیّنتین أو کانت البیّنة لواحد منهما فیقضی حسب مفهومهما أو مفهومها. و إلیک التفصیل:

أقول: للمسألة صور ثلاث:

إمّا أن لا یکون لواحد من المدّعیین بیّنة.

أو یکون لواحد منهما.

أو یکون لکلیهما بیّنة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۵۸

أمّا الصورة الأُولی [إمّا أن لا یکون لواحد من المدّعیین بیّنة.]

، فـإن اعترف المشتری لأحـدهما قضـی علیه بـالثمن و علیه الحلف بالنسـبة إلی المـدّعی الآخر، و إن اعترف لهما قضـی لهما بالثمنین حیث أمکن شراؤه من أحدهما ثمّ بیعه من آخر، ثمّ اشتراؤه منه و إن أنکرهما، فعلیه الیمین لکلّ منهما.

و أمّا الصورة الثانیة أعنی: ما إذا کان لواحد من المدّعیین بیّنة

، فیقضـی له علیه بـالثمن، و للآـخر علیه الیمین فإن حلف فهو و إن ردّ الیمین علیه و حلف، یقضـی له أیضاً علیه بثمن مثله. نعم لو أقرّ المشتری بغیر ما قامت البیّنة علیه، یلزم علیه الثمنان أحدهما لأجل قیام البیّنة و الآخر لأجل إقراره بأنّه اشتری منه.

و أمّا الصورة الثالثة [أی یکون لکلیهما بیّنة]

فهی علی قسمین: تارة لا یکون بینهما تناف و أُخری یکون کذلک.

أمّا القسم الأوّل کما إذا کانتا مختلفتی التاریـخ أو مطلقهما أو کانت إحداهما مطلقة و الأُخری مؤرخة فلإمکان صدق البیّنتین، فیؤخذ بـالبیّنتین من دون جعلهما من المتعارضـین من غیر فرق بین إقراره لأحـدهما دون الآخر، أو لکلیهما، أو إنکارهما فالبیّنتان مؤثرتان فی إشغال ذمّته بالثمن.

نعم لو فرض کون الثمن معیّناً و ادّعاه کلّ منهما بسبب کونه البائع و أقام کلّ منهما بیّنـة فیتحقق التعارض فی الصورة المـذکورة لکنه نادر.

و ممّا ذکرنا (إعمال البیّنتین فیما إذا أمکن الصدق) یظهر انّ ما ذکره المحقق فی هذا القسم من الإطناب المخلّ حیث قال: «و أقام کلّ منهما بیّنـة فإن اعترف لأحـدهما قُضـی له بالثمن و کـذا إن اعترف لهما قُضـی علیه بالثمنین و لو أنکر و کان التاریـخ مختلفاً أو مطلقا قُضی بالثمنین لمکان الاحتمال» لما عرفت من أنّه لا تأثیر للاعتراف و الإنکار بعد إقامة البیّنتین و إمکان صدقهما.

و أمّا القسم الثانی: و هو ما إذا کان بین البیّنتین تناف و تعارض کما إذا شهدت بیّنة بأنّ هذا المشتری اشتری العین من زید یوم السبت فی ساعة کذا

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۵۹

و شهدت بيّنة أَخرى، أنّ هذا المشترى اشترى هذه العين يوم السبت فى نفس الساعة من عمرو. فلا محالة يتحقق التعارض إذ لا يمكن الملك الواحد فى الوقت الواحد لاثنين، و لا يمكن إيقاع العقدين من الأصيلين فى الزمان الواحد.

فقد قال المحقق بأنّه يقرع بينهما فمن خرج اسمه أحلف و قُضى له و لو امتنعا من اليمين قُسّم الثمن بينهما.

و ما ذكره مبنى على وجود عموم أو إطلاق فى أدلة الرجوع إلى القرعة عند تعارض البيّنتين فيترتّب عليه ما ذكر، و كان عليه أن يضيف إلى كلامه: «لو نكل من خرجت القرعة باسمه و ردّ اليمين على الآخر و حَلف يقضى له».

و لكنك قد عرفت عند دراسة الرواية أنّ الأصل فى تعارض البيّنات هو التساقط، و ما دلّ على الأخذ بهما، بنحو من الأنحاء، بتنصيف العين المتنازع فيها، أو تقديم بيّنة الداخل أو الخارج، أو الرجوع إلى القرعة فيما إذا كان النزاع فى العين الخارجية و ما سوى ذلك كالعقود و غيرها فانّ التنازع يرجع إلى اشتغال ذمّة المشترى الواحد، لشخصين يدّعيان شراء المبيع المعيّن منه. و ليس النزاع فى العين الشخصية حتّى يشمله أدلّة القرعة و لا سائر ما يتمحّل به لانهاء النزاع كالتنصيف و تقديم ذات اليد. فالمرجع فيه القواعد القضائية فيكون حكم هذه الصورة مثل ما إذا لم يكن بيّنة حرفاً بحرف أى أنّه لو اعترف بواحد، يقضى له، و عليه الحلف للآخر، و لو اعترف بهما يقضى عليه بثمنين و لو أنكرهما، يحلف لهما.

المسألة الخامسة: فيما إذا تعدّد البائع و المشترى

اشارة

لو ادّعى رجل، أنّه اشترى العينَ المعيّنة من زيد و قبض ثمنَها و ادّعى آخر أنّه اشترى نفسَ المبيع من عمرو و قبض ثمنَها. و هذه المسألة تمتاز عن السابقتين،

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۶۰

بأنّ النزاع فيهما كان فى العقود، و هنا فى العين الشخصية، و المرجع فيهما هو القواعد القضائية فى جميع الصور من إقامة البيّنة و عدمها بخلاف المقام ففيما إذا لم تكن هناك بيّنة أو كانت لأحدهما يعمل بالقواعد القضائية، و أمّا فى صورة تعارض البيّنتين، فيعمل بهما لا بالضوابط القضائية، على النحو الذى تعرفت عليه، و على ضوء هذا ندرس أحكام الصور.

الصورة الأُولى: إذا ادّعيا اشتراء عين فكانت العين بيد البائعين أو الخامس و لم يقيما بيّنة

فلو أقرّا بهما، يكون كلٌّ، ذا يد بالنسبة على تمام العين و قد ادّعيا و لا بيّنة لهما و الحكم هو التنصيف كما مرّ و مثله ما إذا أقرّ الخامس بهما و لو أقرّا بواحد أو أقرّ الخامس بواحد، يقضى له، بحلفه و يرجع الآخر إلى بائعه بالنسبة إلى ثمنه.

الصورة الثانية: إذا ادّعيا كذلک و لكن كانت البيّنة لواحد منهما،

فيؤخذ بمفادها سواء أقرّ البائعان أو الخامس له، أو لهما لأنّ إقرارهما لغيره لا يزيد على كونه ذا يد لكن بيّنة المدّعى، متقدّمة على يد المنكر.

الصورة الثالثة: إذا ادعيا الشراء كذلک و أقاما بيّنتين متساويتين فى العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقّق

فقال المحقق يحكم عليه بأحكام تالية:

الف: يقضى بالقرعهٔ، و يحلف من خرج اسمه و يقضى له.

ب: لو نكلا عن اليمين قُسّم المبيع بينهما و رجع كلّ منهما على بائعه بنصف الثمن.

ج: و لهما الفسخ و الرجوع بالثمنين.

د: و لو فسخ أحدهما جاز، و لم يكن للآخر أخذ الجميع لأنّ النصفَ الآخر لم يرجع إلى بائعه.

و إليك دراسهٔ هذه الأحكام:

أمّا الأوّل: فالحكم بالقرعهٔ على إطلاقه ليس بتامّ و إنّما تصل النوبهٔ إليها

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۶۱

بعد مرحلتين:

۱- إذا أقرّ البائعان أو الخامس بهما، تكون لكلّ يد على تمام العين و قد أقاما البيّنهٔ و قد عرفت عند البحث عن تعارض البيّنات أنّه إذا كانت لكلّ يد على تمام العين فالحكم هو التنصيف.

۲- إذا أقرّا لواحد منهما يكون هو ذا اليد، فالحكم فيه هو تقديم بيّنهٔ الداخل، على الأقوى أو الخارج. و يرجع غير المقَرّ له فى ثمنه إلى بائعه.

نعم إذا لم يصدقوهما أو كذبوهما فالحكم هو القرعهٔ و قد عرفت أنّ روايات القرعهٔ ناظرهٔ إلى ما إذا لم تكن العين بيد المتداعيين لكن عدم التصديق أو التكذيب يخرجهما عن كون كلّ، ذا يد على العين كما فى المقام.

ثمّ إنّه قدس سره لم يذكر حكم من لم تخرج القرعهٔ باسمه و هو أنّه يرجع فى ثمنه إلى بائعه.

أمّا الثانى: أعنى قوله: «و لو نكلا عن اليمين قسّم المبيع بينهما و رجع كلّ على بائعه بنصف الثمن» ففيه ملاحظات:

أ: إذا نكل من خرجت القرعهٔ باسمه، فهل يرجع إلى بائعه بالثمن أو لا؟ وجهان الأقوى، لا لأنّ عدم تسلّم المبيع جاء من قبله فلا وجه للرجوع إلى بائعه مع أنّ الظاهر منه الرجوع بقرينهٔ تصريحه بالرجوع إلى النصف إذا نكلا.

ب: لم يذكر حكم المدّعى الآخر إذا نكل من خرجت القرعهٔ باسمه و هو أنّه يقضى له بعد اليمين.

ج: صرّح بأنّهما لو نكلا رجعا فى نصف الثمن إلى بائعهما و هو مورد نظر، لأنّ القصور مستند إليهما أنفسهما لا إلى البائعين.

و أمّا الثالث: و هو جواز الفسخ و الرجوع بالثمن و هو أيضاً مورد نظر لكون التبعض مستنداً إليهما إلّا أن يقال إنّ البيع كان على أساس أن يدفع الثمن و

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۶۲

يقبض المبيع بلا- حلف، فإلزامه على الحلف إلزام بما لم يلتزم به فى نفس العقد فإذا توقّف التسلم على ما لم يلتزم به. جاز له فسخ العقد من رأس.

و أمّا الرابع: فهو ظاهر و الفرق بين هذه الصورهٔ، و المسألهٔ الرابعهٔ، حيث صرّح بجواز أخذ الجميع هناك دون المقام هو ما صرّح به المحقق من «أنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه»، و واقع الفرق يَكْمُنُ فى وحدهٔ البائع فى الرابعهٔ و تعدده هنا، فلو فسخ أحد المدّعيين فى مورد المسألهٔ الرابعهٔ، جاز للآخر أخذ الجميع، لأنّ العين كلّها للبائع الواحد، غير أنّ الفاسخ يدّعى أنّه اشتراها منه. و المانع من الأخذ موجود قبل الفسخ، فإذا ارتفع بفسخه يؤثر المقتضى بخلاف المقام فانّ ظاهر الحال، كون كلّ من البائعين مالكاً للنصف، فإذا فسخ من اشترى من أحدهما، لا- يرجع النصف إلّا إلى بائعه لا- إلى البائع الآخر، الذى اشترى منه مَنْ خرجت القرعهٔ باسمه.

الصورهٔ الرابعهٔ: إذا كانت العين بيد المدّعيين

، فيعلم حكمها ممّا ذكرنا فى حكم الصورة الثالثة فلاحظ.

الصورة الخامسة: إذا كانت بيد أحد المدّعيين و أقاما بيّنة

، ففيه قولان: تقديم بيّنة الداخل، أو تقديم بيّنة الخارج و قد عرفت أنّ الأقوى هو الأوّل.
و هناك صور أُخرى تعرّض لبعضها صاحب الجواهر تعلم حكمها ممّا ذكرناه.

المسألة السادسة لو شهد اثنان للمدّعى بأنّ الدابة ملكه منذ مدّة كسنتين فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر

، سقطت البيّنة لتحقق كذبها. هذا نص المحقق، و الظاهر أنّ قوله «أكثر» عطف على قوله «أقل»، أى إذا شهدت البيّنة على أقل أو أكثر ممّا عليه الدابة من السن، فلنفرض سنها سنتين، فشهدت على واحدة أو
نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۶۳
ثلاث، و ربّما يفسر قوله أكثر بمعنى الأكثرية الظنية المعادلة لقول العلامة فى الإرشاد «قطعاً أو ظاهراً» و لكنّه غير صحيح لأنّ تعليل الحكم بقوله: «لتحقق كذبها» مختص بما إذا ثبت كذبه قطعاً لا ظناً. و لأجل إيضاح الحال نأتى بنص الشيخ فى المسألة، قال: إذا ادّعى رجل دابة فى يد رجل و أقام شاهدين أنّها ملكه منذ ثلاث سنين فنظر الحاكم فإذا الدابة ليس لها إلّا سنتان، سقطت الشهادة لأنّه قد عرف كذبها قطعاً. «۱»
إنّ سيرة العلماء فى الخبر على التبعيض إذا خالف بعضُ مفاده الإجماعَ أو الدليل القطعى فيؤخذ بالباقى و لا يكون اشتمال الخبر على حكم شاذ سبباً لرفض الخبر أساساً. و أمّا البيّنة فهى على قسمين؛ تارة تشهد على أمر واحد لكن بعض أجزائه غير صحيح، و أُخرى تشهد على أمرين متغايرين، و المقام من قبيل القسم الأوّل، لأنّها تشهد على ملكية زيد منذ سنتين مع أنّه يملكها إمّا فوقهما أو دونهما. نعم لو كان المشهود به أمرين متغايرين و كان أحدهما غير صحيح يؤخذ بالجزء الصحيح.

المسألة السابعة «۲» إذا ادّعى دابة فى يد زيد و أقام بيّنة أنّه اشتراها من عمرو

، قال المحقق: يقضى بها فى صور ثلاث:
أ: إذا شهدت بالملكية مع ذلك للبائع.
ب: أو للمشترى.
ج: أو بالتسليم.
أمّا الصورة الثانية فواضحة لأنّها شهدت بملكية المشترى حالياً فتقدم على

---

(۱) المبسوط: ۸/ ۲۹۴.

(۲) و قد عنونها الشيخ فى المبسوط: ۸/ ۲۹۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۶۴
مقتضى اليد إنّما الكلام فى الصورتين: الأُولى و الثالثة، فيمكن توجيهه بما يلى:
أمّا الأُولى فلتقديم البيّنة على اليد، حيث تثبت الملكية للبائع و انتقالها منه إلى المشترى.

و أمّا الثالثة فانّ الشهادة على التسليم شهادة على كون البائع ذا يد سابقة على يد زيد و انتقالها منه إليه.

و لكن الحكم فى الصورتين: الأُولى و الثالثة غير واضحة، فانّ أقصى ما تثبته البيّنة كون البائع مالكاً فيما سبق، و أنّه نقل العين إلى المدّعى بعقد صحيح، و هذا لا ينافى أن يكون المالك حالياً هو زيد، لإمكان أن يشترى المشترى من عمرو ثمّ يبيعه من زيد.

فإن قلت: إذا ثبت كون المدّعى مالكاً تستصحب مالكيته.

قلت: لا قيمة للاستصحاب فى مقابل اليد الحاضرة، و على فرض صحّة الاستصحاب فمن المستصحب؟ أمّا القاضى فأدوات قضائه البيّنات و الايمان، و أمّا الشاهد فالمفروض أنّه لا يشهد على الملكية الفعلية.

و منه يعلم حكم الصورة الثالثة، فانّ تسليم البائع الدابة للمشترى لا يدل على أكثر من كون تصرّفه تصرّفاً صحيحاً و نقلًا عن ملك و لكنّه لا ينافى أن يكون المالك حين الدعوى هو زيد و أنّه اشتراها من المدّعى.

و بالجملة التقديم فرع التعارض بالمطابقة، و لا تعارض بين كون زيد مالكاً فعلًا و كون عمرو مالكاً أو متصرّفاً فى المبيع قبل ذلك الوقت.

و منه يظهر حال الصورة الرابعة و هى أنّه إذا شهدت البيّنة بملكية المشترى لأجل الشراء، و علله المحقق بقوله: «لانّ ذلك قد يفعل فيما ليس بملك فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنونة، و قيل يقضى له لأنّ الشراء دلالة على التصرّف السابق الدالّ على الملكية».

مراده من قوله: «لأنّ ذلك قد يفعل فيما ليس بملك» و هو أنّ الإنسان قد يبيع ما لا يملكه، كما إذا باع فضولياً قال الشيخ: «لانّ الإنسان قد يفعل فيما ليس بملك له، فلا يزيل الملك عن يد المدّعى عليه بأمر متوهم مظنون» «۱» و لكن الدليل عليل لجريان أصالة الصحة فى فعل الغير، و الأولى أن يقال انّ بيع عمرو كما فى الصورة الأُولى، و تسليم المبيع كما فى الصورة الثالثة و شراءه من عمرو كما فى الصورة الرابعة لا يدل على أزيد من وقوع بيع صحيح فى الماضى، و أمّا بقاء أثره (الملكية) إلى وقت الدعوى بحكم الاستصحاب فلا يقاوم حكم اليد، فظهر أنّ الصحيح من الصور هى الصورة الثانية.

المسألة الثامنة قال المحقق: لو ادّعى كلّ واحد منهما أنّ الذبيحة له و فى يد كلّ واحد بعضها و أقام كلّ واحد منهما بيّنة،

قيل يقضى لكلّ واحد بما فى يد الآخر و هو الأليق بمذهبنا، و كذا لو كان فى يد كلّ واحد شاة و ادّعى كلّ منهما الجميع و أقاما بيّنة قضى لكلّ منهما بما فى يد الآخر. «۲»

قد تعرفت أنّ بيّنة المنكر حجّة فى القضاء، و على ذلك فيكون المورد من قبيل النزاع فى الأعيان الشخصية. و مقتضى القاعدة هو الأخذ بمقتضى بيّنة الداخل فى كلّ مورد لأنّ كلّ واحداً منهما يعد مدّعياً لما فى يد الآخر و منكراً لما فى يده، و فى مثله يؤخذ ببيّنة الداخل و يقضى لكلّ واحد بما تحت يده و قد عرفت أنّه الأقوى، غير أنّ هنا قولًا و هو الأخذ ببيّنة الخارج ترجيحاً لها على بيّنة الداخل و حينئذ ينعكس الحكم فيقضى لكلّ واحد بما فى يد الآخر، و مما يتفرّع على ذلك فيما لو كان المتخاصمان فى بعضى الذبيحة المنفصلين كافراً و مسلماً حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة و للمسلم مذكى و إن كان كلّ واحد من الجزءين انتزعه من الآخر

---

(۱) المبسوط: ۸/ ۲۹۵.

(۲) الشرائع ۴/ ۹۰۲ و لاحظ: المبسوط: ۸/ ۳۰۰.

عملًا بظاهر الید المعتبرهٔ شرعاً، و لا تقدح فی ذلک الید السابقهٔ بل لعلّ الحکم کذلک فی الجزءین المتصلین ضرورهٔ اتحاد المدرک فیهما. «۱»

یلاحظ علیه: أوّلًا: أنّ الحکم بعدم التذکیهٔ فیما یرجع إلی الکافر نابع من استصحابه حال کون الحیوان حیّاً، و الحکم بالتذکیهٔ فیما یرجع إلی المسلم ناش من ظاهر حال المسلم و یده. و کلاهما مخدوش.

أمّا الأوّل فبوجهین:

۱- إنّ المتیقّن هو عدم التذکیهٔ بعنوان العدم المحمولی الذی یصدق مع عدم الموضوع حیث إنّه کان غیر مذکّی باعتبار عدم ورود ذبح له، و المشکوک فیه هو عدم التذکیهٔ بعنوان العدم النعتی حیث ورد علیه الذبح لکن نشک فی تحقق شرائطه و استصحاب العدم المحمولی و إثبات العدم النعتی من الأصل المثبت.

۲- یشترط فی صحهٔ الاستصحاب اتصال زمان الشک بزمان الیقین و هو منتف فی المقام، لتوسط ید المسلم علی الذبیحهٔ فی زمان الشک أی بعد الانتزاع من الکافر، و حالهٔ الیقین بکونها غیر مذکّی أی قبل استیلاء المسلم، اللهمّ إلّا أن یقال بعدم الاعتبار بید المسلم المتوسطهٔ بین الشک و الیقین.

و أما الثانی أی حجیّهٔ ظاهر حال المسلم فی المقام فهی خاصهٔ بما إذا لم تجر علی الذبیحهٔ ید کافر کما فی المقام.

و الظاهر سقوط الدلیلین عن الاعتبار و الرجوع إلی أصول آخر، و هو الطهارهٔ فی الأشیاء، و الحرمهٔ فی اللحوم ما لمتحرز التذکیهٔ.

المسألهٔ التاسعهٔ قال المحقق: لو ادّعی شاهٔ فی ید عمرو و أقام بیّنهٔ فتسلّمها،

ثمّ أقام الذی

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۷۹.

کانت فی یده بیّنهً أنّها له، قال الشیخُ: «یُنقض الحکمُ و تُعاد» و هو بناء علی القضاء لصاحب الید مع التعارض، و الأولی أنّه لا یُنقض.

إنّ الحکم بتقدّم بیّنهٔ عمرو یمکن أن یکون للوجهین التالیین:

الأوّل: إنّه من قبیل تقدیم بیّنهٔ الداخل علی بیّنهٔ الخارج، فانّ بیّنهٔ عمرو الذی کان ذا الید حین الدعوی و إن اقیمت متأخّرهٔ، لکن مضمونها کونه مالکاً حین الدعوی فکأنّها کانت موجودهٔ حینَها و الضابطهٔ فی تعارض البیّنتین فیما إذا کانت ید لواحد منهما، هو تقدیم بیّنهٔ الداخل.

هذا ما نقله المحقق عن الشیخ و إلیک نصّه: قال فی وجه الحکم الأوّل: «حکمنا له بها لأنّ بیّنته أولی من ید عمرو، فإن أقام عمرو البیّنهَ بعد هذا، أنّ الشاهٔ ملکُه، نقض الحکم، و ردّت الشاهُ إلی عمرو لأنّ عمرواً کانت له الید و لزید بیّنهٔ بغیر ید و قد ظهر أنّه لعمرو مع یده، بیّنهٔ، فظهر أنّ بیّنهٔ عمرو، الداخل و بیّنهٔ زید، الخارج و بیّنهٔ الداخل أولی فلهذا قضی بها لعمرو دون زید. «۱»

یلاحظ علیه أوّلًا: مضافاً إلی أنّه مخالف لما قوّاه فی غیر مورد من تقدیم بیّنهٔ الخارج علی الداخل أنّ التقدیم فرع وجودها حین الحکم، و المفروض إقامتها بعده، فلا یکون مشمولًا لما دلّ علی تقدیم بیّنهٔ الداخل.

و ثانیاً: لو افترضنا شمولها للمورد، فلما ذا لا یکون من قبیل ترجیح الخارج، لأنّ المفروض أنّ العین بید زید فتکون بیّنهٔ عمرو المتأخرهٔ من قبیل بیّنهٔ الخارج.

و التحقیق أن یقال: إنّ مفاد البیّنهٔ الثانیهٔ إمّا أن یکون دعوی الملکیهٔ المطلقهٔ، أو الملکیهٔ اللاحقهٔ علی إزالهٔ الید، أو الملکیهٔ السابقهٔ

علیها.

لا شکّ فی عدم جواز نقض الحکم فی الأُولی. إذ لا منافاة بین الملکیة المطلقة لعمرو، و ملکیة زید فی ظرف إقامة البیّنة، فلا تعارض بین البیّنتین کما لا

---

(۱) المبسوط: ۸/ ۳۰۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۶۸

شکّ فی وجوب النقض فی الثانیة، لعدم التعارض بین الملکیتین. إنّما الکلام فی الصورة الثالثة، فالتعارض متحقّق لأنّ کلًّا من البیّنتین، ینفی مفاد الأُخری، فلو قلنا بعدم جواز نقض الحکم للوجوه الضعیفة الّتی ذکرها صاحب الجواهر «من: ۱ انقطاع الخصومة. ۲ حکومة الحاکم المبنیة علی الدوام. ۳ الأصل المؤید بالحکم. ۴ ظاهر الأدلة»، لم تسمع الثانیة فهو و إلّا فللقاضی، فسح المجال للاعتراض إذا احتمل صحّة مقاله، فإن ثبت خلاف ما قضی، نقض و إلّا فالحکم باق علی صحّته و نفوذه من دون ابتناء النقض علی تقدیم إحدی البیّنتین علی الأُخری بل التقدیم من باب کشف الخلاف.

المسألة العاشرة: فی الاختلاف فی الدار النزاع فی الدار تارة یکون ثنائیاً و أُخری ثلاثیاً و ثالثة رباعیاً

اشارة

و إلیک بیان الصور حسب ما ذکرها المحقق فی الشرائع.

الصورة الأُولی: فیما إذا کان النزاع ثنائیاً

قال المحقق: لو ادّعی داراً فی ید زید، و ادّعی عمرو نصفَها، و أقاما البیّنة قضی لمدّعی الکل بالنصف لعدم المزاحم، و تعارضت البیّنتان فی النصف الآخر، فیقرع بینهما و یقضی لمن خرج اسمه مع یمینه، و لو امتنعا قضی بها بینهما بالسویة فیکون لمدّعی الکلّ ثلاثة الأرباع و لمدّعی النصف الربع.

توضیح مرامه:

لمّا کان أحدهما یدّعی الکلّ، و الآخر یدّعی النصف، فقد اتّفقا علی أنّ النصف لمدّعی الکلّ فیختص به، و إنّما النزاع فی النصف الثانی و لو کان المقام من مواضع القرعة فیقرع لمن یصار إلیه الیمین، فلو قرع و خرج اسم مدّعی الکل و حلف، یقضی له بالکلّ، نصفه من باب التسلیم و النصف الآخر بالیمین، فإن

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۶۹

امتنع حلف الآخر، فیقضی له بالنصف المتنازع فیه، و إن امتنعا من الحلف یقسم النصف المتنازع فیه بینهما فیکون لمدّعی الکلّ ثلاثة أرباع: ربعان من النصف غیر المتنازع فیه، و ربع من النصف المتنازع فیه، و لمدّعی النصف، الربع.

یلاحظ علیه: بما تقدّم من لزوم سؤال القاضی من بیده العین قبل الإقراع حتّی یتعیّن من علیه الیمین فربّما تنحلّ العقدة قبل أن تصل النوبة بالقرعة و ذلک لأنّه إمّا:

۱- أن یُصدِّق أحدهما.

۲- أو یُصدِّق کلیهما.

۳- أو یُکذِّب کلیهما.

۴- أو يعترف بأحدهما و لا يعرفه عينه.

۵- أو يقول لا أعرف صاحب العين.

فعلى الأوّل، يكون المقرّ له بمنزلة ذى اليد و قد صرّح صاحب الجواهر بأنّ تصديق ذى اليد، يجعل المقرّ له بمنزلة ذى اليد «۱» فيكون من قبيل ما إذا كانت العين بيد أحدهما. و قد عرفت أنّ الحقّ تقديم بيّنة الداخل، و على ضوء هذا لو اعترف لمدّعى الكلّ يكون الكل له، و لو اعترف لمدّعى النصف يكون النصف المتنازع فيه له، و النصف الآخر غير المتنازع فيه لمدّعى الكلّ.

و على الثانى، يكون المفروض كما إذا كانت العين بأيديهما و أقاما البيّنة و الحكم فيه التقسيم بالمناصفة.

و على الثالث، أُقرّت فى يد الثالث، فيكون هو المدّعى عليه و المتنازعان، مدّعيين و لهما عليه الحلف.

فإن قلت: إنّ البيّنتين تدلان التزاماً على أنّ ملكية المال غير خارجة عن المتنازعين، و معه كيف يترتّب الأثر على يد الثالث و يكون لهما عليه حقّ اليمين؟!

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۴۶۹.

قلت: إنّ حجّية الدلالة الالتزامية تابعة لحجّية الدلالة المطابقية فإذا سقطت لأجل التعارض، فكيف يؤخذ بمفادها الالتزامى، و لذلك قلنا بأنّه لهما على الثالث الحلف فإن حلف يقضى له. و لو نكل فتخرج يده عن الاعتبار، و يدخل المفروض تحت القسم الخامس أعنى إذا ادعيا شيئاً ليس لأحد عليه يد فعندئذ يصحّ ما ذكره المحقق من الإقراع لمن يصار إليه اليمين، فلو حلف من خرجت القرعة باسمه قضى له بالنصف المتنازع فيه، و إن نكل و حلف الآخر، قضى له، و إن نكلا. أقرت بيد من كانت العين بيده إلى أن تعلم الحال.

و على الرابع، فالمرجع هو قاعدة العدل و الانصاف و إن احتملت القرعة لكنّها خاصة بما إذا لم تكن عليها يد أصلًا.

و على الخامس، فيعمل بالقرعة لمن يصار إليه اليمين، فلو حلف فهو، و إلّا فيحلف الآخر، و إن نكلا، يُقسَّم بينهما.

نعم ورد فى معتبرة إسحاق بن عمار «و لو لم تكن فى يد واحد منهما، و أقاما البيّنة فقال: أحلفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين». «۱»

فإنّ ظاهرها جواز حلفهما، مع أنّ المستفاد من سائر الروايات «تحليف من قدِّمت يمينه بالمرجّح أو القرعة فإن حلف قضى له، و إن لم يحلف، يحلف الآخر» و لا عامل بها إلّا ما عن كشف اللثام من ظاهر كلام أبى على، حيث قال: «و لو كانت العين فى أيديهما جميعاً أو لم تكن فى يد واحد، و تساوى عدد البيّنتين عرضت اليمين على المدّعيين فأيّهما حلف استحقها الآخر إن أبى الآخر، و إن حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين و عن الشيخ حملها على ما إذا تصالحا على ذلك و قال فى الاستبصار: و يمكن أن يكون ذلك نائباً عن القرعة إذا اختار كلّ واحد منهما اليمين فيكون الإمام مخيراً بين العمل به و العمل بالقرعة. و الحملان بعيدان

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

و العمل بها فى قبال الأخبار لا وجه له و الأولى طرحه فى خصوص جواز الحلفين لعدم مقاومته لسائر الأخبار. «۱»

و أمّا رواية غياث بن إبراهيم فى حديث: «و قال و لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» «۲» فهى محمولة على ما إذا كانت فى أيديهما من غير حاجة إلى الحلف أو لم تكن بهما، و لكنّهما نكلا.

فتلخص أنّ ما ذكره المحقق يصحّ فى بعض فروع القسم الثالث أعنى: ما إذا كذبهما و القسم الخامس، و ما يتراءى من رواية إسحاق

بن عمّار فهی معرض عنها و أمّا روایهٔ غیاث بن إبراهیم فهو مؤوّل.

الصورهٔ الثانیهٔ: فیما إذا کانت یدهما علی الدار

قال المحقق: و لو کانت یدهما علی الدار و ادّعی أحدهما الکلّ و الآخر النصفَ و أقام کلّ واحد منهما بیّنهٔ.

ففی المسألهٔ أقوال ثلاثهٔ:

۱– ما اختاره المحقّق من أنّ الکلّ لمدّعی الکلّ و لم یکن لمدّعی النصف شیء تقدیماً لبیّنهٔ الخارج کما سیوافیک.

۲– یقسم النصف المتنازع فیه بینهما نصفین و بالتالی: تقسم العین بینهما أرباعاً و هذا هو الأقوی.

۳– تقسم العین بینهما أثلاثاً، و هو المنقول عن ابن الجنید.

و إلیک بیان أدلّهٔ الأقوال.

أمّا القول الأوّل: فتوضیحه:

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۱۵۷۱۵۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۲

انّ الکلّ لمـدّعی الکلّ حیث إنّ نصفَ العین التی هی تحتَ یـده خارجـهٔ عن محلّ النزاع، و النصف الآخر الّذی لیس تحت یده تُقدَّم فیه، بیّنـهٔ مـدّعی الکلّ، لأنّ بیّنته بالنسـبهٔ إلیه، بیّنهٔ الخارج، و بیّنهٔ مدّعی النصف بالنسـبهٔ إلیه بیّنهٔ الداخل أی المنکر، و المفروض عدم حجّیهٔ بیّنهٔ المنکر بل دلیله ینحصر بالیمین.

یلاحظ علیه: أنّ ما ذکره من حدیث بیّنهٔ الداخل و الخارج مبنی علی أنّ کلا من المتنازعین مسـتول علی النصف المعین فمدّعی الکلّ مستول علی النصف غیر المتنازع فیه، و مدّعی النصف مستول علی النصف المتنازع فیه.

و لکن الاستیلاء بهذا النحو إنّما یتصوّر فی النصف المفروز، کما فی جزئی «الذبیحهٔ» فتکون بیّنهٔ مدّعی الکلّ بالنسـبهٔ إلیه بیّنهٔ الخارج و الآخر بیّنـهٔ الـداخل و أمّا إذا کان علی نحو المشاع، فلا تکون بیّنهٔ مدّعی النصف بیّنهٔ الداخل، لأنّ کلّ جزء اسـتولی علیه، مشاع بین المتنازعین فما اسـتولی علیه مـدّعی الکلّ، إنّما اسـتولی علی النصف المشاع، کما أنّ ما اسـتولی علیه مدّعی النصف إنّما اسـتولی علیه بوصف المشاع و علی ذلک تکون القاعدهٔ بلا موضوع.

أمّا القول الثانی: فهو مقتضـی القاعدهٔ الثانویهٔ فی إعمال البیّنتین فی النصف المشاع فیما إذا کان لهما ید، بقدر ما یمکن، و هو الحکم بالتنصیف، فلکلّ ربع من النصف، و من العین لمدّعی الکلّ ثلاثهٔ أرباع و لمدّعی النصف ربع واحد.

أمّا القول الثالث: فهو قول ابن الجنیـد و هو یُسلِّم التقسیم أرباعاً فیما إذا کان بیـدهما جزءان خارجیان و اتّفقا علی أنّ أحـد الجزءین لواحـد منهمـا و اختلفا فی الجزء الآخر و فی هـذه الصورهٔ یُقسم الجزءان أرباعاً کما ورد فی الصـحیح عن عبـد اللّه بن المغیرهٔ «۱» فی رجلین کان معهما درهمان فقال أحـدهما: الـدرهمان لی و قال الآخر: هما بینی و بینک، فقال: أمّا الذی قال هما بینی و بینک فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمین لیس له، و أنّه لصاحبه و یُقسم الآخر و نحوه مرسل محمّد بن أبی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۹ من کتاب الصلح، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۳

حمزهٔ. «۱» و أمّا إذا کـان التنـازع فی النصف المشـاع فیقسم المـال أثلاثـاً، علی طریق العول فیجعـل لمـدّعی الکلّ الثلثان، و لمـدّعی

النصفِ الثلث، لأنّ المنازعهٔ وقعت فی أجزاء غیر معیّنهٔ لا تشار إلیها بل کلّ جزء من أجزائها لا یخلو عن دعوی کلّ منهما بالإشاعهٔ فلا یتم ما ذکروه من خلوص النصف لمدّعی الکلّ بغیر منازع بل کلّ جزء، یدعی مدّعی النصف نصفَه، و مدّعی الکلّ کلَّه و نسبهٔ إحدی الدعویین إلی الأُخری بالثلث فیقسم أثلاثاً، لمدّعی النصف واحد، و لمدّعی الکلّ اثنان و یکون کما یضرب الدیان فی مال المفلس و المیّت.

و بعبارهٔ أُخری إذا أردنا تصدیقهما مع عدم قابلیهٔ العین لتصدیقهما فیها بالنسبهٔ إلی تمام ما یدّعیانه، فلا بدّ من أن یرد النقص علی کلّ منهما بالنسبهٔ إلی نصیبه، و بما أنّ نسبهٔ النصف إلی الکلّ کنسبهٔ الثلث و الثلثین (یک بر دو) فلا بدّ أن یقسّم علی نحو الثلث و الثلثین و هذا معنی العول فی الإرث الّذی قالت به العامهٔ و لم تقل به الخاصهٔ کما فی الزوج و الأُختین للأب. فللأوّل النصف، و للأُختین الثلثان و لیس فی الترکهٔ ما یفی الفریضتین فتقسم.

یلاحظ علیه؛ بالفرق الواضح بینه و بین العول فإنّ صاحب الحقّ الزائد یعترف فی مورد العول، بثبوت الحقّ الناقص لصاحبه و أنّه لو وفی به المال کان له أخذ حقّه کالزوج بالنسبهٔ إلی کلّ واحد من الأُختین، و هکذا العکس و هذا بخلاف المقام فإنّ مدّعی النصف و إن کان لا ـ یُکذِّب المدّعی الآـخر بالنسبهٔ إلی النصف المشاع و إنّما یکذبه فی النصف الآخر و النزاع فیه، فیقسم أرباعاً و لا معنی یتناسب مع العول.

کما لا معنی لقیاسه علی اجتماع حقوق الغرماء فی مال المفلس کما إذا ترک ألفاً، و علیه ألف لشخص و ألفان لشخص آخر یقسم أثلاثاً حسب نسبهٔ الدیون. وجه الفرق بینه و بین المقام عدم التکذیب من جانب الغرماء، بحیث لو کان

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۹ من کتاب الصلح، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۴

المال وافیاً لما کان بینهما تنازع بخلاف المقام.

الصورهٔ الثالثهٔ: فیما إذا کانت العین فی ید ثلاثهٔ

کان النزاع فی الصورتین السابقتین بین اثنین، و ربّما یقع النزاع بین ثلاثهٔ، و هو علی وجهین، فتارهٔ لا تزید سهام المدّعین عن أجزاء العین و هی هذه الصورهٔ (الثالثهٔ) و ربّما تزید و هی الصورهٔ الآتیهٔ (الرابعهٔ).

فلو ادّعی أحدهم النصفَ و الآخر الثلث و الثالث السدسَ فکانت یدهم علیها، فیدُ کلّ واحد منهم علی الثلث، لکن صاحب الثلث لا یدّعی زیادهٔ علی ما فی یده، و صاحب السدس یَفْضُلُ ما فی یده، ما لا یدّعیه هو و لا مدّعی الثلث، فیکون لمدّعی النصف، فیکمل له النصف و کذا لو قامت لکلّ منهم بیّنهٔ بدعواه.

و الحاصل لما کانت سهام المدّعین، لا تزید عن أجزاء العین، فلا نزاع بینهم من غیر فرق بین إقامهٔ البیّنهٔ و عدمها.

نعم یلاحظ علی قول المحقّق: «فیدُ کلّ واحد منهم علی الثلث»، فانّ الظاهر أنّ ید کلّ علی الجمیع علی نحو عدم الاستقلال و قد مرّ نظیره. و لأجل ذلک یتوقّف تصرّف الکلّ علی إذن الکلّ.

الصورهٔ الرابعهٔ: إذا زادت سهام المدّعین عن أجزاء العین

اشارهٔ

إذا کان النزاع بین ثلاثهٔ، و کانت سهام المدّعین أزید من أجزاء العین کما لو ادّعی أحدهم الکلّ، و الآخر النصفَ، و الثالث الثلثَ. و له قسمان:

الأوّل: إذا لم یکن لواحد منهم بیّنهٔ.

الثانی: إذا کان معهم بیّنهٔ.

أمّا الأوّل، أی ما إذا لم یکن لواحد منهم بیّنهٔ

فقد قال المحقق فیها:

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۵

قُضـی لکلّ واحـد منهم بالثلث، لأنّ یـده علیه و علی الثانی و الثالث الیمین لمـدّعی الکلّ، و علیه و علی مـدّعی الثلث الیمین لمـدّعی النصف.

أمّا حلف الثانی و الثالث لمدّعی الکلّ، لأنّه یدّعی أنّ ما بأیدیهما من الثلثین له فلا ینفی إلّا بالحلف.

و أمّا حلف الأوّل و الثالث لمـدّعی النصف، فلأنّ الواصل إلیه (الثلث) ینقص ممّا یـدّعیه (النصف) بسـدس منقسم بین الأوّل و الثالث فلا ینفی إلّا بالیمین.

نعم لیس للثالث یمین علی الأوّل و الثانی، لأنّه لا یدّعی أزید ممّا أخذ.

و یمکن أن یقال: إنّ مورد النزاع هو خمسه أسـداس من العین دون جمیع أسداسـها فانّ مـدّعی النصف یدّعی ثلاثهٔ أسداس و مدّعی الثلث یـدّعی السدسـین فیکون موضع النزاع بین الأشـخاص الثلاثـهٔ، هو خمسهٔ أسداس، و أمّا السدس الواحد، فالثانی و الثالث متفقان علی کونه للأوّل، أو غیر رادین له فإذاً یکون موضع النزاع هو الخمسـهٔ من الأسـداس السـتهٔ فلو قلنا بالتقسـیم أثلاثاً، فلا بـدّ أن یکون المقسوم هو خمسهٔ أسداس، لا ستهٔ أسداس. و عندئذ یتغیر سهامهم، فیکون:

لمدّعی الکلّ ۸/ ۳+ ۵

لأنّ السـهام ثمانیهٔ عشـر حاصلـهٔ من ضـرب السـتهٔ فی ثلاثهٔ فسدسـها، غیر المتنازع فیه و یبقی خمسهٔ عشـر فیقسم بینهم أثلاثاً و إلیک الصورهٔ العملیهٔ الحسابیهٔ:

۳-/ ۶: ۱۸ غیر المتنازع فیه

۸- ۱۵۱/ ۳ المتنازع فیه

۵-/ ۳: ۱۵

و لمدّعی النصف (۵).

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۶

و لمدّعی الثلث (۵).

و أمّا الثانی أی إذا أُقیمت البیّنهٔ

اشارهٔ

فهو علی نوعین:

فتارهٔ: یقیمها أحد المتنازعین، و أُخری: یقیمها الجمیع.

أمّا الأوّل فالمقیم:

إمّا مدّعی الکلّ.

أو مدّعی النصف.

أو مدّعی الثلث.

فلو أقام الأوّل فیأخـذ الکلّ، تقـدیماً للبیّنـهٔ علی الیـد فی الموردین، و لو أقام الثانی، یأخـذ مضافاً إلی الثلث الذی بیده جزء من مدّعی الکلّ، و جزء من مدّعی الثلث و لو افترضنا أنّ للعین اثنی عشر جزءاً، فقد کانت تحت یده أربعهٔ أجزاء (الثلث) و کان ما یدّعیه ینقص مما تحت یـده، اثنین، فیأخـذ جزءاً من مـدّعی الکـلّ و جزءاً من مـدّعی الثلث فتکـون له من اثنی عشـر جزء، سـتهٔ أجزاء، و لکـلّ من الآخرین ثلاثهٔ أجزاء.

و لو أقام الثالث، لا یغیّر الموضع السائد علی الموضوع، إذ لیس ما تحت یده أنقص و لا أزید ممّا علیه.

إذا أقام الجمیع البیّنهٔ

اشارهٔ

أمّا إذا أقام کلّ بیّنـهٔ فقال المحقق: فإن قضـینا مع التعارض ببیّنـهٔ الـداخل فالحکم کما لو لم تکن بیّنـهٔ لأنّ لکلّ واحـد بیّنـهٔ و یداً علی الثلث. فإن قضینا ببیّنهٔ الخارج و هو الأصحّ، کان لمدّعی الکلّ ممّا فی یده الأجزاء التالیهٔ:

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۱۷۷

۱ ثلاثهٔ من اثنی عشر جزءاً بغیر منازع.

۲- الأربعـهٔ التی فی یـد مـدّعی النصف، لقیام البیّنـهٔ لصاحب الکلّ بها، و سـقوط بیّنـهٔ صاحب النصف بالنظر إلیها. إذ لا تقبل بیّنهٔ ذی الید.

۳- الثلاثهٔ ممّا فی ید مدّعی الثلث، فیکون سهمه من اثنی عشر سهماً: عشرهٔ أجزاء: ۷/ ۴+ ۳، ۱۰/ ۳+ ۷

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء؛ ج۲، ص: ۱۷۷

و یبقی واحـد ممّا فی یـد مدّعی الکلّ لمدّعی النصف. و واحد ممّا فی ید مدّعی الثلث، یدّعیه کلّ واحد من مدّعی النصف و مدّعی الکـلّ، یقرع بینهمـا، و یحلف من یخرج اسـمه و یقضـی له. فإن امتنعا، قسِّم بینهما نصـفین، فیحصل لصاحب الکلّ عشـرهٔ و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف، و تسقط دعوی مدّعی الثلث. «۱»

توضیحه:

۱- کیف یکون لمدّعی الکلّ ممّا فی یده ثلاثهٔ من اثنی عشر بغیر منازع، مع أنّ غیر المعارض لا یتجاوز عن اثنین لأنّه إذا أخذ مدّعی النصف ثلاثهٔ أسداس، و مدّعی الثلث، سدسـین یبقی فی البین سدس واحد، فلو کان المأخذ اثنی عشـر جزءاً، یکون غیر المنازع اثنین فکیف یقول المحقق ثلاثهٔ؟

و الجواب أنّ کلّ واحـد اسـتولی علی ثلث العین فتکون تحت یـد کلّ، أربعهٔ أجزاء، لکن مدّعی النصف ینقص ما تحت یده جزءین، فیطلب من مـدّعی الکلّ جزءاً، و من مدّعی الثلث جزءاً، فیبقی ما تحت ید مدّعی الکلّ ثلاثهٔ أجزاء بلا منازع، لا یطلبه مدّعی النصف، لأنّ المفروض أنّه أخذ حقّه منه، و لا مدّعی الثلث، لأنّ ما بقی له و إن کان أقل ما یدّعیه، لکن السبب له هو مدّعی النصف، لا مدّعی الکلّ فلذلک تکون الثلاثهٔ من اثنی عشر جزءاً خالصهٔ لمدّعی

---

(۱) الشرائع: ۴/ ۱۱۷ بتصرّف.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۷۸

الکلّ.

۲- إنّ بیّنة مدّعی الثلث لمّا کانت بیّنة الداخل، یسقط عن الحجّیة حتّی فی ما بقی له من ثلاثة أجزاء و یضمّ إلی مدّعی الکلّ لأنّ بیّنته بالنسبة إلیها، بیّنة الخارج فیکون مجموع ما حصل له إلی الآن، ستة أجزاء.

ثلاثة أجزاء غیر متنازعة.

ثلاثة مما کانت تحت ید مدّعی الثلث فیصیر ستة ۳+ ۳/ ۶

۳- إنّ بیّنة مدّعی النصف بالنسبة إلی أربعة أجزاء کانت بیّنة الداخل فلا تکون حجّة فیها و إنّما تکون حجّة فی الجزءین اللّذین انضمّ إلیهما من مدّعی الکلّ و الثلث لو لا المعارض و عندئذ تضمّ الأربعة إلی الأجزاء الستة الّتی صارت خالصة لمدّعی الکلّ فیکون سهمه إلی الآن: عشرة أجزاء:

ثلاثة أجزاء: و هی التی کانت خارجة عن التنازع

ثلاثة أجزاء: ممّا کان تحت ید مدّعی الثلث

أربعة أجزاء: ممّا کان تحت ید مدّعی النصف

فتکون النتیجة: ۶/ ۳+ ۳، ۱۰/ ۴+ ۶

۴- بقی فی المقام الجزءان اللّذان، حازه مدّعی النصف أحدهما من مدّعی الکلّ و الأُخری من مدّعی الثلث، فیختص الجزء الأوّل له، لأنّ بیّنته بالنسبة إلیه بیّنة الخارج، علی خلاف بیّنة مدّعی الکلّ فانّ بیّنته بالنسبة إلیه، بیّنة الداخل فیکون ذلک الجزء خالصاً له. و یبقی الجزء الآخر الذی أخذه من مدّعی الثلث موضع النزاع.

۵- بما أنّ بیّنة کلّ بالنسبة إلیه، بیّنة الخارج، و النزاع فی العین الشخصیة لا ید لأحد علیها، یقرع فإن خرجت القرعة باسم مدّعی الکلّ و حلف

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۷۹

یقضی له به و یصیر سهمه ۱۱ جزء من ۱۲ جزء و إن خرج باسم مدّعی النصف و حلف یقضی له و یکون سهمه جزءان من ۱۲ جزء.

و إن نکلا یقسم بینهما فیکون سهم مدّعی الکلّ ۱۰ أجزاء و نصف جزء، و سهم مدّعی النصف جزءاً و نصفا.

و لو فرضنا النزاع فی أربعة و عشرین یکون سهم کلّ بلا کسر فإنّ لمدّعی الکلّ منهما واحداً و عشرین، و لمدّعی النصف ثلاثة.

هذا توضیح مرامه.

یلاحظ علی هذه النظریة بوجهین:

۱- انّ نفس ما خرجنا من النتیجة، أوضح دلیل علی بطلان الفرضیة و هو تقدیم بیّنة الخارج حیث صارت النتیجة خلع ید مدّعی الثلث من العین أساساً، مع أنّ له الید علیها و البیّنة، و تخصیص جزءین أو جزء و نصف لمدّعی النصف مع انّ له الید و البیّنة، و تخصیص أحد عشر جزء أو عشرة أجزاء و نصف لمدّعی الکلّ. و لو عرضنا النتیجة علی الفطرة السالمة تعدّ الحکم عدولًا، عن العدل فی القضاء و القسط فی الحکم، حیث إنّ المدّعین مشترکون فی الدلیل، لا ترجیح لواحد بالنسبة إلی الآخر.

۲- إنّ لکلّ واحد من المدّعین یداً علی جمیع العین لکن لا علی سبیل الاستقلال.

و إن شئت قلت: لکلّ ید علی جمیعها لکن بوجه معارض، لا- أنّ لکلّ واحد یداً علی ثلثها، بلا معارض کماً هو أساس محاسبة المحقق.

و علی ضوء ذلک فلو قلنا بأنّ الکلّ مستول علی جمیع العین، لا موضوع لبیّنة الداخل و لا للخارج، فیقسم مورد التنازع بینهم أثلاثاً، و

تكون النتيجة كما مرّت.

و على كلّ تقدير لا منازعة فى الجزءين من اثنى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۸۰

عشر جزء، فانّ مدّعى النصف يدّعى ستة أجزاء، و مدّعى الثلث يدّعى أربعة أجزاء فالجزءان من اثنى عشر جزء خارج من محطّ المنازعة و هما خالصان لمدّعى الكلّ.

و ممّا ذكرنا يظهر حال الصورة الخامسة و ما فوقها التى تعرض لهما المحقّق رضوان اللّه عليه.

المسألة الحادية عشرة ثمّ إنّ المحقّق افترض ما إذا كانت العين فى يد أربعة

و فصّل الكلام فى شقوقه و لعلّ حالها يعلم ممّا ذكرنا. و إليك التوضيح:

۱۰/ ۶+ ۴

۲- ۲۱/ ۱۰ غير المتنازع فيه

فيضرب الكل فى ثلاثة لوجود عدد صحيح و يكون التقسيم من ستة و ثلاثين فالمتنازع فيه ثلاثون و غير المتنازع فيه ستة و إليك الصورة العملية الحسابية:

۶- ۳۰۳/ ۶ المتنازع فيه

۱۰/ ۳: ۳۰

فلمدّعى الكل (۱۶) لأنّ ۱۶/ ۶+ ۱۰

و لمدّعى النصف (۱۰).

و لمدّعى الثلث أيضاً (۱۰).

المسألة الثانية عشرة إذا تداعى الزوجان متاع البيت

اشارة

فللمسألة صورتان:

الأُولى: إذا أقام واحد منهما البيّنة، يقضى لصاحبها تقديماً لها على اليد.

الثانية: إذا لم تكن لهما بيّنة فهناك أقوال أربعة:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۸۱

۱ ما اختاره الشيخ فى المبسوط من الحكم بالتنصيف قال: و إن لم يكن مع أحدهما بيّنة فيدُ كلّ واحد منهما على نصفه، يحلف كلّ واحد منهما لصاحبه و يكون بينهما نصفين، و سواء كانت يدهما من حيث المشاهدة، أو من حيث الحكم و سواء كان ممّا يصلح للرجال دون النساء كالعمائم و الطيالسة و الدراريع و السلاح أو يصلح للنساء دون الرجال كالحلىّ و المقانع و قمص النساء أو يصلح لكلّ واحد منهما كالفُرش و الأوانى و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما و سواء كانت الزوجيّة باقية بينهما أو بعد زوال الزوجيّة، و سواء كان التنازع بينهما أو بين ورثتهما أو بين أحدهما و ورثة الآخر و فيها خلاف. «۱» و ما اختاره هو مختار الشافعى كما سيوافيك من الخلاف.

و اختاره العلّامة فی القواعد و ولده فخر المحققین. «۲»

۲- ما اختاره الشیخ فی الخلاف من أنّ ما یصلح للرجال، للرجل، و ما یصلح للنساء للمرأة، و ما یصلح لهما یُقَسّم بینهما بعد التحالف و النکول حیث قال: إذا اختلف الزوجان فی متاع البیت فقال کلّ واحد منهما: کلّه لی و لم یکن مع أحدهما بیّنة، نُظِر فیه فما یصلح للرجال، القول قوله مع یمینه، و ما یصلح من النساء فالقول قولها مع یمینها، و ما یصلح لهما کان بینهما.

و قد روی أیضاً أنّ القول فی جمیع ذلک قول المرأة مع یمینها و الأوّل أحوط.

و قال الشافعی: ید کلّ واحد منهما علی نصفه یحلف کلّ واحد منهما لصاحبه و یکون بینهما نصفین سواء کانت یدهما من جهة المشاهدة أو من حیث الحکم و سواء کان ممّا لا یصلح للرجال دون النساء أو للنساء دون الرجال، أو یصلح لهما، و سواء کانت الدار لهما أو لأحدهما أو لغیرهما، و سواء کانت الزوجیّة قائمة بینهما أو بعد زوال الزوجیّة، و سواء کان التنازع بینهما أو بین ورثتهما أو بین أحدهما و ورثة الآخر، و به قال عبد اللّه بن مسعود و عثمان البتی و زُفر، و قال

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۳۱۰.

(۲) العلامة الحلی، الإیضاح: ۴/ ۳۸۱۳۸۰.

الثوری و ابن أبی لیلی: إن کان التنازع فیما یصلح للرجال دون النساء فالقول قول الرجل، و إن کان ممّا یصلح للنساء دون الرجال فالقول قول المرأة. «۱»

و ممّا نقله الشیخ فی الخلاف عن الشافعی یعلم أنّ خیرة الشیخ فی المبسوط هو مختار الشافعی کما مرّ و أنّ ما اختاره فی الخلاف، قول عبد اللّه بن مسعود و عثمان البتی و زفر. و أمّا ما نقله عن الثوری و ابن أبی لیلی فهو نفس ذاک القول لکنّهما لم یتعرضا لما یصلح لهما.

۳- کلّه للمرأة، و هو خیرة الشیخ فی الاستبصار. «۲»

۴- کلّه للرجل، لم یذهب إلیه أحد من أصحابنا و إنّما أفتی به ابن أبی لیلی فی بعض محاکمه کما سیوافیک.

و إلیک دراسة الأقوال:

أمّا الأوّل: فلأنّ لکلّ واحد یداً علی نصف المتاع، فهو مدّع بالنسبة إلی ما فی ید الآخر، و منکر بالنسبة إلی ما فی یده فإذا حلف یبقی لکلّ لما تحت یده.

و الأُولی أن یقال إنّ لکلّ یداً علی الجمیع غیر مستقل، و قد مرّ فی محلّه انّ التنصیف مقتضی إطلاق صحیح عبد اللّه بن المغیرة «۳» و مرسل محمّد بن أبی حمزة ۴ و قد مرّ الکلام فیه فلاحظ.

و لکن العمل بهما متوقّف علی عدم ورود نص خاص فی المورد، باسم التنازع فی متاع البیت و إلّا فیقدّم علیها.

و أمّا الثانی: فهو مقتضی صحیح النحاس عن أبی عبد اللّه قال: «إذا طلّق الرجل امرأته و فی بیتها متاع فلها ما یکون للنساء، و ما یکون للرجال و النساء

---

(۱) الطوسی، الخلاف: الجزء ۳، کتاب الدعاوی و البیّنات، المسألة ۲۷.

(۲) الطوسی، الاستبصار: ۴.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۹ من أبواب الصلح، الحدیث ۱ و ۲.

قسم بینهما. قال و إذا طلّق الرجل المرأة فادّعت أنّ المتاع لها، و ادّعی الرجل أنّ المتاع له، کان له ما للرجال، و لها ما یکون للنساء و ما یکون للرجال و النساء قسم بینهما». (۱)

و التعبیر الأخیر أجمع حیث صرّح بالشق الثانی أی ما للرجال، فهو له، و إن کان التعبیر الأوّل کاملًا أیضاً و ذلک لأنّ موردها طلاق المرأة و فی مثله تترک المرأة البیت و ما فیه للزوج فإذا قال: «فلها ما یکون للنساء» یکون معناه أنّ الباقی للرجل.

و مثله موثق یونس بن یعقوب عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة، قال: «ما کان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما کان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما، و من استولی علی شیء منه فهو له». ۲

و لعلّ وجه الاکتفاء بشقّ واحد، و هو ما یختص بالنساء، من دون إیعاز إلی شق آخر و هو ما یختص بالرجل، هو ما مرّ.

و خبر زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل یموت ما له من متاع البیت؟

قال: «السیف و السلاح و الرحل و ثیاب جلده». ۳

و قد نسب صاحب المسالک هذا القول إلی الأکثر ۴ و نقل عن المحقق انّه نسبه فی نکت النهایة إلی المشهور.

نعم یعارضه صحیح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی عبد اللّه. و هو الدلیل للقول الثالث أی کلّ المتاع للمرأة.

روی الکلینی بسند صحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: سألنی هل یقضی ابن أبی لیلی بالقضاء ثمّ یرجع عنه؟ فقلت له:

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۲، ۳، ۴.

(۲) ۴ زین الدین، المسالک: ۲/ ۴۴۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۸۴

بلغنی أنّه قضی فی متاع الرَّجل و المرأة إذا مات أحدهما فادّعاه ورثة الحیّ و ورثة المیّت أو طلّقها فادّعاه الرّجل و ادّعته المرأة بأربع قضایا فقال: «و ما ذاک؟» قلت:

۱- أمّا أوّلهنّ فقضی فیه بقول إبراهیم النخعی: کان یجعل متاع المرأة الّذی لا یصلح للرّجل، للمرأة، و متاع الرجل الّذی لا یکون للمرأة، للرّجل، و ما کان للرّجال و النّساء بینهما نصفین.

۲- ثمّ بلغنی أنّه قال: إنّهما مدّعیان جمیعاً فالّذی بأیدیهما جمیعاً یدّعیان جمیعاً بینهما نصفان.

۳- ثمّ قال: الرّجل صاحب البیت و المرأة الدّاخلة علیه، و هی المدّعیة، فالمتاع کلّه للرّجل إلّا متاع النساء الّذی لا یکون للرّجال فهو للمرأة.

۴- ثمّ قضی بقضاء بعد ذلک لو لا أنّی شهدته لم أروه عنه:

ماتت امرأة منّا و لها زوج و ترکت متاعاً فرفعته إلیه فقال: اکتبوا المتاع، فلمّا قرأه قال للزوج: هذا یکون للرّجال و المرأة فقد جعلناه للمرأة إلّا المیزان فإنّه من متاع الرَّجل فهو لک، فقال علیه السّلام لی: «فعلی أیّ شیء هو الیوم؟» فقلت: رجع إلی أن قال بقول إبراهیم النخعی أن جعل البیت للرّجل.

ثمّ سألته علیه السّلام عن ذلک فقلت: ما تقول أنت فیه؟ فقال: «القول الّذی أخبرتنی أنّک شهدته و إن کان قد رجع عنه» فقلت: یکون المتاع للمرأة؟ فقال: «أ رأیت إن أقامت بیّنة إلی کم کانت تحتاج؟» فقلت: شاهدین فقال: «لو سألت من بین لابتیها یعنی الجبلین، و نحن یومئذ بمکّة لأخبروک أنّ الجهاز و المتاع یُهدی علانیة من بیت المرأة إلی بیت زوجها فهی الّتی جاءت به و هذا المدّعی فإن زعم أنّه حدث فیه شیئاً فلیأت علیه البیّنة». (۱)

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸، من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۸۵

علاج التعارض بين الروايات

قد تعرَّفت أنّ مقتضى القاعدة، هو التنصيف مع الحلف، خرج منه موردان:

۱- إذا كان أحدهما مستولياً على متاع من أمتعة البيت، بحيث تعدّ اليدُ، يدَه، و يصدق عليه قوله عليه السَّلام فى موثقة يونس بن يعقوب: «و من استولى على شىء منه فهو له». «۱» فيقدّم قوله، و عليه اليمين للآخر.

۲- إذا أقرّ واحد من الزوجين، بانتقال المتاع من الآخر إليه، فعندئذ تنقلب الدعوى، فعلى مدّعى الانتقال إثباته.

و أمّا إذا لم يكن واحد من الأمرين فمقتضى القاعدة، هو التنصيف بعد حلف كلّ واحد منهما للآخر إلّا أنّه وردت الروايات على خلافه و هى تصدّنا عن الأخذ بمقتضاها، و فى الوقت نفسِه هما متعارضان إذ أين القول بالتفصيل بين المختصات، و الشركة فى غيرها، من القول بكونه كلّه للمرأة.

و يمكن التخلص من المعارضة بالنحو التالى:

إنّ رواية ابن الحجاج ناظرة إلى ما هو المتعارف فى ذلك اليوم، من زفّ المرأة إلى بيت الزوج مجهزة بالمتاع التى يحتاجه البيت من الأمتعة الخاصة حتّى يتمتع بها الزوجان إلى مدّة، و من المعلوم أنّه كالقرينة المتصلة بأنّه لها خصوصاً إذا كان الفصل بين النكاح و الطلاق أو الموت قليلًا و على ذلك لا يكون مفاده حكماً شرعياً تعبّدياً سارياً فى جميع الاصقاع و الأزمنة حتّى و لو لم تكن هناك تلك العادة و على ذلك فما قاله الإمام ليس حكماً تعبدياً، و إنّما هو حكم قضائى نابع عن القرينة المفروضة فى مورد السؤال فيحتجّ به فى كلّ مورد مماثل له. و تعدّ تلك السيرة قرينة خاصة لهذا الحكم.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۸۶

و أمّا الحكم بالتفصيل بين المختصات و الإشراك فى المشتركات، فهو قضاء على وفق الظاهر فى غير الظرف الوارد فى صحيحة ابن الحجاج فإنّ الاختصاص و إن لم يكن قرينة قطعية لجواز أن ترث المرأة من أبيها العمائم و الطيالسة و الدروع و السلاح، أو يرث الرجل من أُمّه الحُلىّ و المقانع و القمص المطرزة بالذهب، و يكون كلّ تحت يدهما، و لكنّه لمّا كان أمراً نادراً، أُلغى ذلك و أُخذ بالظاهر و مقتضى العادة، فإنّ مقتضاها أنّ ما يصلح للرجال خاصة، فإنّه من مقتضياته، دون مقتضيات المرأة، و كذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات المرء و أمّا المشترك فبما أنّه فاقد للقرينة الظاهرة فهو يُقسّم بينهما.

و على ما ذكرنا يكون حكمه عليه السَّلام حكماً قضائياً أوسع ممّا جاء فى رواية ابن الحجاج و فى غير موردها فيحتج بها فى كلّ مورد كانت فيها تلك العادة و القرينة العامة، و إلّا فالمرجع هو موازين القضاء من الحلف و التقسيم.

و ما ذكرناه يرجع إلى ما ذكره صاحب المسالك من قوله: «و الرابع الرجوع فى ذلك إلى العرف العام أو الخاص فإن وجد عمل به و إن انتفى أو اضطرب كان بينهما، لتصادم الدعويين و عدم الترجيح، و ذهب إلى ذلك العلّامة فى المختلف و الشهيد فى الشرح و جماعة من المتأخرين لما فيه من الرجوع إلى العرف و الجمع بين الأخبار مع مراعاة الأُصول المقرّرة». «۱»

نعم ما ذكره ليس قولًا رابعاً، كما عبّر به، و إنّما هو جمع بين الروايات و مقتضى القاعدة، و المهم، هو التركيز على أنّ حكم الإمام فيما سبق من الروايات ليس حكماً تعبديّاً، واقعياً أو ظاهرياً، و إنّما هو حكم قضائى فى مورد النزاع و ليس المراد من الحكم القضائى، أنّ الإمام جلس مسند القضاء و حكم بهما، بل المراد أنّ سؤال السائل، صار سبباً لفرض النزاع و الإجابة بما هو مقتضى أدلة القضاء و

لو وجد مورد، خال عن الخصوصيات الحافّة بهذه الروايات وجب فصل النزاع

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۴۳.

بالقاعدة الأوّلية فى باب القضاء.

و فى نهاية المطاف ما جاء فى رواية ابن الحجاج قرينة خاصة و ما جاء فى روايات القول الثانى قرينة عامة و إن شئت فعبّر بالعرف الخاص و العام.

إذا ادّعى أبو الزوجة إعارة الجهاز

و لو ادّعى أبو الميّتة: أنّه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره. ففيه قولان:

۱- كلّف البيّنة.

۲- يقبل قول الأب دون غيره.

و الأوّل خيرة المحقّق فى الشرائع، و نَسَبَ القول الثانى إلى رواية ضعيفة.

أمّا القول الأوّل، فلأجل أنّه المدّعى و لا تقبل دعواه بدونها.

يلاحظ عليه: إذا صدّق الزوجُ سبقَ يد الأب على المتاع و جريانها عليه، فهو يسلِّم كونه مالكاً و ذا يد على المتاع قبل تجهيز بنته به، و انتقاله إلى بيته، فيستصحب حكم اليد حتّى يعلم الخلاف و معه لا يحتاج إلى البيّنة.

و أمّا الرواية التى وصفها المحقق بالضعف فقد رواها الكلينى بالسند التالى:

عن محمّد بن جعفر الكوفى الأسدى، عن محمّد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى قال كتبت إلى أبى الحسن يعنى على بن محمّد عليهما السَّلام: المرأة تموت فيدّعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم أتقبل دعواه بلا بيّنة أم لا تقبل دعواه بلا بيّنة؟ فكتب إليه (يعنى على بن محمّد): «يجوز بلا بيّنة». «۱»

و أمّا تفصيل السند فمحمّد بن جعفر بن محمّد بن عون الكوفى الأسدى ممّن

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

وثّقه النجاشى و قال: ثقة، صحيح الحديث.

و أمّا الثانى فهو محمّد بن إسماعيل بن أحمد بن بشير، البرمكى صاحب الصومعة فقد قال النجاشى: إنّه ثقة و لا عبرة بتضعيف ابن الغضائرى كما حقّق فى محلّه.

و أمّا الثالث فهو جعفر بن عيسى بن عبيد اليقطينى أخو محمّد بن عيسى ابن عبيد بن يقطين، فلم يرد فيه توثيق سوى ما رواه الكشى بسند صحيح عن أبى الحسن الهادى أنّه قال: «ما أعلمكم إلّا على هدى جزاكم اللّه على النصيحة القديمة و الحديثة خيراً» «۱» و أمّا أخوه فقد وصفه النجاشى بأنّه ثقة عين و لعلّ هذا المقدار يكفى فى الاعتماد على الرواية.

و رواه الشيخ بنفس هذا السند، و رواه الصدوق، و قال: روى محمّد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السَّلام و سنده فى المشيخة إلى محمّد بن عيسى صحيح قال فيها و ما رويته عن محمّد بن عيسى فقد رويته عن أبى رضى اللّه عنه عن سعد بن عبد اللّه عن محمّد بن عيسى بن عبيد اليقطينى، و رويته عن محمّد بن الحسن رضى اللّه عنه عن محمّد بن

الحسن الصفار، عن محمّد بن عیسی بن عبید الیقطینی. «۲»

ثمّ إنّ ابن إدریس قد أطنب الکلام حول الحدیث و أورده فی باب النوادر من القضاء و الأحکام و قال: إنّه خبر واحد لا یفید علماً و لا عملًا، مضافاً إلی انّه مکاتبهٔ فقد یُزور علی الخطوط و لا یجوز للمستفتی أن یرجع إلّا علی قول المفتی دون ما یجده بخطه ثمّ ذکر فی ردّ الحدیث وجوهاً أُخر، لیست صالحهٔ للردّ. «۳»

(۱) الکشی، الرجال: ۴۲۰، برقم ۳۵۳.

(۲) الفقیه: ج ۴، قسم المشیخهٔ: ۹۲. و قد حقّقنا فی محلّه أنّ محمّد بن عیسی بن عبید ثقهٔ و أنّ استثناء ابن الولید إیّاه عن رجال نوادر الحکمهٔ، غیر صحیح.

(۳) الحلی، السرائر: ۲/ ۱۸۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۲، ص: ۱۸۹

نعم ذیل الحدیث یشمل علی الفرق بین الأب و غیره قال:: و کتبت إلیه إن ادّعی زوج المرأهٔ المیتهٔ أو أبو زوجها أو أُم زوجها فی متاعها و خدمها مثل الذی ادّعی أبوها فی عاریهٔ بعض المتاع و الخدم أ یکون ذلک بمنزلهٔ الأب فی الدعوی فکتب: «لا».

و لعلّ الوجه عدم جریان أیدیهم علی المتاع، و ذلک لما یظهر من صحیحهٔ ابن الحجاج کون الرسم فی تلک الظروف هو إتیان المرأهٔ بمتاع البیت من بیت الأب، و إلّا فلو کان الرسم مشارکهٔ الزوج أو أبیه أو أُمّه فی تجهیز البیت بالمتاع لقبل قولهم بلا بیّنهٔ و اللّه العالم.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۲، ص: ۱۹۰

المقصد الثالث فی دعوی المواریث

اشارهٔ

و فیه مسائل:

المسألهٔ الأُولی لو مات المسلم عن ابنین، فتصادقا علی تقدّم إسلام أحدهما علی موت الأب و ادّعی الآخر مثلَه فأنکر أخوه.

اشارهٔ

قال المحقّق: فالقول قول المتّفق علی تقدّم إسلامه، مع یمینه أنّه لا یعلم أنّ أخاه أسلم قبل موت أبیه.

و استُدلّ علی قول المحقّق بأنّ الأصل بقاء الأخ علی کفره إلی أن یثبت المزیل، نعم علی الآخر الحلف علی عدم علمه بتقدّم إسلامه إن ادّعی علیه العلم.

أقول: إنّ للمسألهٔ صوراً ثلاثاً:

الصورهٔ الأُولی: إذا کان موت المورّث معلوماً تاریخاً و أنّه تُوفی فی مُستهلّ شعبان، و کان إسلام الأخ الثانی مختلفاً فیه

، فهو یدّعی أنّه أسلم فی شهر رجب، و أخوه یدّعی أنّه أسلم فی رمضان فلا شکّ أنّ الأصل لا یجری فی معلوم التاریخ، لعدم الشکّ فیه و لا فی تاریخه، فانّ ظرف وقوعه فی عمود الزمان معلوم و واضح فلا تشمله أدلّهٔ الاستصحاب، و کونه مجهولًا بالنسبهٔ إلی حالهٔ

الحادث الآخر من تقدّم إسلام الوارث علیه أو تأخّره عنه، لاـ یجعله مجهولًا أو مشکوکاً فیه حتّی یجری فیه الأصل، إذ الجهل أو الشکّ فی إسلام الوارث بالذات، لا فی موت المورّث و تصویر الجهل أو الشکّ فیه بالنحو المذکور لا یجعله من أقسام المجهول أو

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۱

المشکوک بالذات و علی ضوء ذلک فیجری الاستصحاب فی جانب المجهول، دون المعلوم فتجری أصالة بقائه علی کفره إلی حال موت مورّثه و یکفی ذلک فی الحجب من الإرث و شمول قوله: «لا یرث الکافر المسلم» «۱». أو «لا یرث المشرک المسلم». ۲ أو «لا یرث الیهودی و النصرانی المسلمین». ۳ علی المورد.

و أورد علیه صاحب الجواهر بوجهین:

۱- انّ استصحاب البقاء علی دینه، لا یفید تأخّر المدّعی به (الإسلام) عن الحادث الآخر المعلوم تاریخه.

۲- انّ ذلک یقتضی عدم الحکم بإسلامه قبل موت الأب و ذلک لا یکفی فی نفی الإرث المقتضی له نفس الولدیة، و ذلک لأنّ الکفر مانع، و لیس الإسلام شرطاً حتّی یکفی عدم تحقّق الشرط.

یلاحظ علی الأوّل: أنّ الأثر (الحجب) مترتّب علی کفر الوارث حین موت المورّث و هو محرز بالاستصحاب، من دون حاجة إلی إثبات تأخّر الإسلام عن موت المورِّث.

و أمّا الثانی الذی حاصله: «أنّ الإسلام لیس شرطاً فی التوریث حتّی یحتاج إلی الإحراز بل الکفر مانع بعد وجود المقتضی و هو الولدیة، و یکفی فیه عدم احرازه» فیردّه أنّ الحاجب محرز بالاستصحاب فکیف نتوقّف فی حرمانه؟!

نعم هنا إشکال و هو أنّ الأثر (الحجب) لیس مترتّباً علی کفر الوارث حین موت المورّث بل هو مترتّب علی موت المورِّث عن وارث کافر و هو لا یثبت بالأصل. لکن الإجابة عنه واضحة بعد الإحاطة بکلمات المشایخ، و هو أنّه إذا کان موضوع الأثر من اللوازم البیّنة للمستصحب، بحیث یراه العرف نفسه و إن کان غیره عقلًا یثبت به، ذلک اللازم البیّن کما فی المقام فإنّ موت المورِّث عن وارث

---

(۱) ۱ و ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۱ من أبواب موانع الإرث، الحدیث ۳، ۵، ۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۲

کافر، تعبیر آخر عن کفر الوارث حین موت المورّث، و إلّا فلو توقّفنا فی حجّیة هذا النوع من الأصل لزم عدم سلامة أکثر الاستصحابات الموضوعیة عن مثل هذا الإشکال، مثلًا:

إذا غُسِل الثوبُ النجس فی ماء مسبوق بالکرّیة، فإنّ استصحاب کرّیة الماء لا یثبت انغسال الثوب فی الماء الکرّ الذی هو الموضوع الحقیقی للأثر، و کذا استصحاب بقاء الوقت لا یثبت الإتیان بالصلاة فیه إلّا علی النحو الذی عرفت.

الصورة الثانیة: إذا کان إسلام الوارث معلوماً تاریخاً، و موت المورّث مجهولًا،

لاـ یجری الأصل فی المعلوم لما عرفت من عدم الإبهام فی الخارج، و إنّما مجراه هو المجهول أعنی: استصحاب حیاة المورّث إلی زمان إسلام الوارث أو عدم موته إلی ذلک الزمان، و لکنّه عقیم لعدم کونه موضوعاً للأثر و لا ملزوماً للموضوع، إذا أقصاه حیاة المورّث إلی زمان إسلام الوارث و هو لیس موضوعاً لأثر شرعی و إنّما الموضوع موت المورّث فی زمان إسلامه، اللّهمّ إلّا أن یقال بحجّیة الأصل المثبت. فانّه إذا کان المورّث حیّاً حین إسلام الوارث و المفروض أنّه توفی الآن، فیلزم موته عن وارث مسلم.

الصورة الثالثة: إذا کان کلّ من الحادثین (إسلام الوارث و موت المورّث مجهولًا)

فیجری الأصل فی جانب دون الجانب الآخر، لما عرفت من ترتّب الأثر علی أصالة بقاء الوارث علی کفره إلی زمان موت المورّث، لا

علی الآخر، و هو استصحاب حیاة المورّث إلی زمان إسلام الوارث، و تکون النتیجة الحجب و الحرمان فی جمیع الصور الثلاث.

و علی ضوء ذلک فالأخ المتّفق علی تقدّم إسلامه منکر لکون مدّعاه موافقاً

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۳

للأصل، و الآخر مدّع لا یثبت إلّا بالبیّنة. و لک أن تقول انّه لا حاجة فی تشخیص المدّعی عن المنکر، إلی هذه الأُصول المعقّدة، بل یکفی الرجوع إلی العرف و النتیجة فی المآل واحدة لأنّ مدّعی تقدّم إسلامه علی موت مورّثه، یدّعی شیئاً جدیداً بعد ما کان الحکم السائد علی الموضوع هو الحرمان فمن یدعی شیئاً جدیداً فعلیه البیّنة و إلّا فیدفع ادّعاؤه بیمین المنکر.

المسألة الثانیة لو اتّفقا علی أنّ أحدهما أسلم فی شعبان، و الآخر فی غرّة رمضان

ثمّ قال المتقدّم: مات الأب قبل دخول شهر رمضان و قال المتأخّر: مات بعد دخول رمضان.

قال المحقّق: «کان الأصل بقاء الحیاة و الترکة بینهما نصفین» و أضاف صاحب الجواهر إلیه قوله: «بلا خلاف و لا إشکال».

هذه هی الصورة الثانیة من الصور الثلاث المذکورة فی المسألة المتقدمة التی أوضحنا حالها و قد عرفت أنّ استصحاب حیاة المورّث إلی زمان اسلام الوارث لا یترتّب علیه الأثر، و إنّما یترتّب علی لازمه العقلی أعنی: تأخر موت المورِّث عن إسلامه.

المسألة الثالثة دار فی ید إنسان ادّعی آخر أنّها له و لأخیه الغائب، إرثاً عن أبیهما و أقام بیّنة

اشارة

فلها صور:

الصورة الأُولی: إذا کانت البیّنة کاملة و شهدت أنّه لا وارث سواهما،

فلا شکّ أنّه یُسلَّم إلیه النصف لشهادة البیّنة علی کونه مالکاً له إنّما الکلام فی النصف الآخر، الّذی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۴

شهدت البیّنة انّه للغائب فهل یبقی فی ید من فی یده الدار، کما فی المبسوط؟ «۱» أو یجعل فی ید أمین حتّی یعود کما فی الخلاف؟ «۲» و ربّما یؤیّد الثانی بأنّ من کانت الدار فی یده، سقط بإنکاره عن الأمانة و لکنّه لیس بإطلاقه صحیحاً إذ ربّما یکون استیلاؤه علی الدار عن طریق الاشتراء أو الاتّهاب من دون أن یقف علی کون البائع أو الواهب غاصباً، و بما أنّ الحاکم ولیّ الغائب یُسلّم النصفَ الآخر إلی الأمین من غیر فرق بینه و بین غیره.

ثمّ إنّ القابض للنصف لا یُلزم بإقامة ضمین بما قبض، لقیام الحجّة علی انحصار الوارث فی شخصین متساویین فی الإرث.

و أمّا المراد من البیّنة الکاملة فقد فسّره الشیخ فی الخلاف و قال: «و أقام بیّنة من أهل الخبرة الباطنة و المعرفة أنّهما ورثاه و لا نعرف له داراً سواهما». «۳» و قال فی المبسوط: و هی أن تکون البیّنة خبرة بباطن أمره و لو کان له ولد عرفاه و الخبرة المتقادمة حتّی لا یخفی علیها قدیم أمره و جدیده. «۴»

و بذلک یعلم أنّ ما استظهره صاحب الجواهر من عبارة المحقق أعنی: فإن کانت کاملة و شهدت أنّه لا وارث سواهما من أنّ قوله: «لا وارث سواهما» بمنزلة التفسیر لها، متین، و أنّ ما احتمله صاحب المسالک من أنّ المراد بها، ذات الخبرة و المعرفة بأحوال المیّت سواء شهدت بأنّها لا تعلم وارثاً غیرهما أم لا، غیر تامّ.

الصورة الثانیة: إذا لم تکن البیّنة کاملة و شهدت أنّها لا تعلم وارثاً غیرهما

قال المحقّق: «أُرجئ التسلیم حتّی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیاً بحیث لو کان وارث

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۷۴، کتاب الدعاوی و البیّنات، فصل الدعوی علی المیراث.

(۲) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الدعاوی و البیّنات، مسائل تعارض البیّنتین، المسألة ۱۲.

(۳) الطوسی، الخلاف: المصدر نفسه.

(۴) الطوسی، المبسوط، المصدر السابق.

لظهر، و حینئذ یسلّم إلی الحاضر نصیبه و یضمنه استظهاراً».

فکلامه هذا یدل علی أمرین:

۱- لا یجوز الدفع إلّا بعد البحث و الفحص.

۲- و لو تمّ البحث لا یدفع إلّا بعد أخذ الضامن بما یقبضه لو ظهر بعد ذلک مراعاة للاحتمال الذی یبقی بعد البحث و الفحص.

أمّا الأوّل: فلأنّ البیّنة دلّت علی کونه وارثاً و أمّا الکمّیة فهی مجهولة و أصلُ عدم وارث آخر، لا یثبت الکمیة إلّا علی القول بالأصل المثبت هذا من جانب و من جانب آخر، یحتمل أن یکون الإمساک، ضرراً علی المدّعی فمقتضی الجمع بین الحقّین إرجاء الواقعة حتّی تتبیّن الحال.

و أمّا الثانی: أی تضمینه استظهاراً فلیس علیه دلیل صالح سوی أصل الاحتیاط فی الأموال خصوصاً إذا کان الوارث موثوقاً بوفائه و ملئه.

علی أنّ الظاهر من روایة معاویة بن وهب، جواز التقسیم مع احتمال وجود وارث آخر، من دون تضمین.

قال قلت: لأبی عبد اللّه علیه السَّلام: الرجل یکون فی داره ثمّ یغیب عنها ثلاثین سنة و یدع فیها عیاله ثمّ یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما أحدث فی داره، و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلّا أنّا لا نعلم أنّه أحدث فی داره شیئاً و لا حدث له ولد و لا تقسّم هذه الدار، علی ورثته الذین تَرَک فی الدار حتّی یشهد شاهدا عدل أنّ هذه الدار، دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثاً بین فلان و فلان أو نشهد علی هذا؟ قال: «نعم». «۱»

الصورة الثالثة: إذا کان الوارث ذا فرض ینقص علی تقدیر وجود الوارث عن فرضه

، قال

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

المحقّق: أعطی مع الیقین بانتفاء الوارث (أو مع الشهادة الکاملة) نصیبه تامّاً، و علی التقدیر الثانی (عدم الیقین واقعاً و لا شرعاً) یعطیه ما یتیقن استحقاقه له، إن کان وارث آخر فیعطی الزوج الربع، و الزوجة ربع الثمن معجّلًا من غیر تضمین و بعد البحث و عدم ظهور وارث آخر تتمم الحصّة مع التضمین.

و قد تقدّم عدم وجود التضمین.

الصورة الرابعة: إذا كان الوارث ممّن يحجبه غيره كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد

فإن أقام البيّنة الكاملة أُعطى المال كلّه، و إن أقام بيّنة غير كاملة أُعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين.

و قد تقدّم عدم الدليل على أخذ الضامن.

و لو صدق المتشبّثُ المدّعى على عدم وارث غيره فإن كان المدّعى به عيناً فلا تُسمع الدعوى لأنّه ليس إقراراً على نفسه بل إقرار فى حقّ الغير المحتمل و إن كان ديناً يسمع لأنّه إقرار فى نفسه، لانّه لا يتعيّن ما يدفعه للغائب إلّا بقبضه أو قبض وكيله أو وليه. «۱» و المفروض عدمه.

المسألة الرابعة إذا ماتت امرأة و ابنها، فقال أخوها: ماتَ الولد أوّلًا ثمّ المرأة فالميراث لى و للزوج نصفان.

و قال الزوج: بل ماتت المرأة ثمّ الولد فالمال لى.

فلو أقام واحد منهما البيّنة يُقضى بها و مع عدمها قال المحقّق:

۱- لا يقضى بإحدى الدعويين، لأنّه لا ميراث إلّا مع تحقّق حياة الوارث

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۴۴، الطبعة الحجريّة عام ۱۲۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۱۹۷

فلا ترث الأُمّ من الولد، و لا الابن من أُمّه.

۲- و تكون تركة الابن لأبيه و تركة الزوجة بين الأخ و الزوج.

للمحقّق هنا دعويان:

أ: عدم وراثة واحد من الأُمّ و الولد عن الآخر، وجهه: إنّ سبب الميراث حياة الوارث عند موت المورِّث و هى و إن كانت محرزةً بالأصل، لكنّه معارض لأنّ أصالة بقاء حياة الولد إلى زمان موت الأُمّ و إن كان يوجب الإرث، لكنّه معارض بأصالة بقاء الأُمّ إلى زمان موت الولد، و لا نحتاج فى التوريث إلى التأخّر، حتّى يقال إنّه مثبت، و إنّما الإشكال فى كونه معارضاً.

ب: تكون تركة الزوجة الأصلية (غير ما ترثه من الولد على فرض تأخر موتها) بين المدّعيين، لأنّ المقام أشبه بعين يتنازع فيها اثنان، لكلّ عليها يد، أو ليس لواحد منها عليها يد فيقسم بينهما.

هذا تحليل ما فى الشرائع.

و لنا هنا تعليقان:

الأوّل: ذكر المحقق من صور إقامة البيّنة خصوص ما إذا أ قامها واحد منهما و لكن لو افترضنا إقامتهما البيّنة، فقد سبق أنّ الحكم عند التكافؤ و عدم يد واحد منهما عليه، هو القرعة لمن تصار إليه اليمين و المقام من مصاديق هذه القاعدة و تصوّر استيلاء كلّ منهما على العين و يدهما عليها غير تام إذ العبرة باليد الكاشفة عن الملكية و ليست هى فى المقام كذلك للعلم بأنّ سبب استيلاء كلّ على العين لأجل ادّعاء الوراثة الذى لم يثبت بعدُ فكيف نعتمد على مثلها.

و على ضوء ذلك فلو خرجت القرعة باسم الزوج و حلف يأخذ الكلّ.

و لو خرجت باسم الأخ، و حلف يأخذ نصف تركة الأُم الأصلية، و نصف ما ورثه من الولد، أمّا الأوّل فواضح و أمّا الثانى فلأنّه لو افترضنا صدق بيّنة الأخ،

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۸

فترکة الولد، تقسّم بین الأُم و الزوج أثلاثاً، ثلث للأُمّ، و الثلثان للوالد لقوله سبحانه: (فَإِنْ لَمْ یَکُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرِثَهُ أَبَوٰاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ) (النساء/ ۱۱) أی لأُمّه الثلث فرضاً و أمّا الثلثان فهو للأب لا فرضاً بل ردّاً، لعدم وارث آخر فی طبقتها فإذا أخذت الأُم فریضتها، یرث الأب الباقی.

فإذا ماتت الأُمّ عن ثلث واصل إلیها من الولد، فالنصف منه (السدس) للزوج لقوله سبحانه: (وَ لَکُمْ نِصْفُ مٰا تَرَکَ أَزْوٰاجُکُمْ إِنْ لَمْ یَکُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ) (النساء/ ۱۲) فیبقی النصف الآخر من الثلث (السدس) للأخ.

فتکون النتیجة أنّه إذا خرجت القرعة باسم الأخ یرث هو نصف أصل الترکة، و نصف ما ورثته الأُمّ من الولد.

الثانی: لو افترضنا عدم البیّنة مطلقاً، قال المحقّق: تقسم ترکة الأُمّ الأصلیة بین المدّعیین، مع أنّ مقتضی القاعدة، هو تقسیم نصف الترکة، بینهما نصفین لأنّ الأخ یسلّم بأنّ نصفها للزوج بلا إشکال و إنّما یتداعیان فی النصف الباقی منها فکلّ من الزوج و الأخ یدّعیه فمقتضی القاعدة، هو تنصیف موضع النزاع بین المدّعین، لا تنصیف ما هو خارج عن محلّ الدعوی.

فتلخّص من ذلک أمران:

۱- انّه لو أقاما بیّنة و خرجت القرعة باسم الأخ فهو یرث سدس مال الولد، منضماً إلی نصف ترکة الأُمّ الأصلیة.

۲- و لو لم تکن هناک بیّنة فإنّما یقسم، نصف ترکة الأُمّ انصافاً لا کلّ الترکة کما هو ظاهر کلام المحقّق.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۱۹۹

المقصد الرابع فی الاختلاف فی الولد

اشارة

إذا وطأ اثنان امرأة، وطأ یلحق به النسب إمّا أن تکون زوجةً لأحدهما و مشتبهة علی الآخر، أو مشتبهة علیهما، أو یعقد کلّ واحد منهما علیها عقداً فاسداً.

فللمسألة صور:

الأُولی: أن لا یمکن إلحاقه بالثانی و أمکن بالأوّل

کما إذا وضعت لأقلّ من ستة أشهر من وطء الثانی، و لتسعة أشهر فما دون إلی ستة أشهر عن وطء الأوّل، فیلحق بالأوّل لعدم إمکان إلحاقه بالثانی لعدم مضیّ مدّة تمکن ولادتُه منه مع إمکان ولادته من الأوّل و هو زوجها فی هذه المدّة.

الثانیة: أن لا یمکن إلحاقه بالأوّل و أمکن بالثانی

کما إذا وضعت لستة أشهر فصاعداً إلی أقصی الحمل من وطء الثانی و للزائد عن أقصی الحمل من وطء الأوّل فیلحق بالثانی لعدم إمکان إلحاقه بالأوّل.

الثالثة: أن لا يمكن إلحاقه بواحد منهما

كما إذا وضعت لأقلّ من ستة أشهر من وطء الثانى و لأكثر من أقصى الحمل من الأوّل فينتفى عنهما لفقد شرط اللحوق بواحد منهما.

الرابعة: إذا أمكن اللحوق بكليهما

كما إذا وضعت لستة أشهر فصاعداً إلى ما دون أقصى الحمل من وطء الثانى و لأقصى مدّة الحمل فما دون من وطء الأوّل حيث يمكن تولّده منهما.

و هذا القسم الأخير، هو الّذى طرحه المحقّق فى المقام فقال:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۰۰

إذا أتت بولد لستة أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما.

هذا هو رأى المحقّق و أمّا غيره فقال الشيخ فى الخلاف:

إذا اشترك اثنان فى وطء امرأة فى طهر واحد و كان وطئان يصحّ أن يلحق به النسب و أتت به لمدّة يمكن أن يكون من كلّ واحد منهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته ألحقناه به، و به قال على عليه السَّلام.

و قال الشافعى: نريه القافة فمن الحقته به ألحقناه به، فإن لم تكن قافة أو اشتبه الأمر عليها أو نفته عنهما تُرك حتّى يبلغ فيُنسب إلى من شاء منهما ممّن يميل طبعه إليه، و به قال أنس بن مالك و هو إحدى الروايتين عن عمر، و به قال فى التابعين عطاء، و فى الفقهاء مالك و الأوزاعى و أحمد بن حنبل.

و قال أبو حنيفة: ألحِقه بهما معاً و لا أُريه القافة، و حكى الطحاوى، و فى المختصر قال: إن اشترك اثنان فى وطء الأمة فتداعياه فقال: كلّ واحد منهما هذا ابنى الحقته بهما معاً فأُلحِقه باثنين، و لا أُلحقه بثلاثة، و قال أبو يوسف: ألحقه بثلاثة، و اختار الطحاوى طريقة أبى يوسف هذا قول المتقدّمين.

و قال المتأخّرون منهم الكرخى و الرازى يجوز أن يلحق الولد بمائة أب على قول أبى حنيفة و المناظرة على هذا يقع. قال أبو حنيفة فإن كان لرجل أمتان فحدث ولد فقالت: كلّ واحدة منهما هو ابنى من سيدى قال: ألحقه بهما فجعله ابناً لكلّ واحدة منهما و للأب أيضاً. قال أبو يوسف و محمّد: لا يُلحق بأمتين لأنّا نقطع أنّ كلّ واحدة منهما ما ولدته و أنّ الوالدة إحداهما و أبو حنيفة ألْحق الولد الواحد بآباء عدة، و بأُمهات عدة. «۱»

فقد ذهب الشيخ و المحقق و لعلّ المشهور إلى القرعة و يدلّ عليه

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الدعاوى و البيّنات، المسألة ۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۰۱

ما يلى:

روى زيد بن أرقم: إنّهم أتوا أمير المؤمنين عليه السَّلام فى امرأة أتوها فى طهر واحد كلّهم يدّعى الولد فأقرع و الحق الولد بمن أقرع، و غرمه ثلثى قيمة الأُمّ، و أنّهم سألوا رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم عن ذلك فقال: لا أعلم إلّا ما قال على عليه السَّلام. «۱»

و عن الباقر عليه السَّلام: «إنّ رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم سأل أمير المؤمنين عليه السَّلام عن أعجب ما ورد عليه فخبره بذلك، فقال رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: ليس من قوم يتنازعون ثمّ فوضوا أمرهم إلى اللّه تعالى إلّا خرج سهم المحق» «۲»،

إلی غیر ذلک.

و علی کلّ حال فالظاهر الرجوع إلی القرعـة، قال المحقّق: سواء کان الواطئان مسـلمین أو کافرین أو عبـدین أو حرّین أو مختلفین فی الإسـلام و الکفر و الحریّـة و الرّق، أو أبـاً و ابنه و فی الجواهر: بلاـ خلاـف معتـدّ به أجـده بیننا فی ذلک، بل الظاهر الإجماع علیه، بل ادّعاه بعض صریحاً. «۳»

ثمّ إنّهم اشترطوا فی الرجوع إلی القرعة أُموراً:

۱- أن یکون الإتیان فی طهر واحد و لو تخللت بینهما حیضة انقطع الإمکان عن الأوّل لأنّ الحیض علامة براءة الرحم شرعاً.

یلاحـظ علیه: أنّه إذا صـحّت نسـبتهما إلیهمـا و کـان أحـدهما زوجـاً یلحق بـالفراش و إن کان الإتیان فی طهرین یتخلّل بینهما حیضـة واحدة، لقوّة الفراش.

---

(۱) النوری، المستدرک: ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳ و ۵.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۵.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۵۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۰۲

۲ أن لا یعرف السابق و اللاحق و إلّا فیلحق بالأخیر.

یلاحظ علیه: أنّه إنّما یصحّ إذا لم یکن الأوّل زوجاً و إلّا فیلحق بالمتقدّم إذا کان زوجاً لقوّة الفراش.

۳- إذا لم یکن لأحدهما بیّنة و إلّا حکم لمن کانت له البیّنة.

یلاحظ علیه: بأنّ إقامتها صعب جدّاً، إذ کیف یمکن أن تشهد علی أنّ الولد لأحدهما المعیّن و التفصیل موکول إلی محلّه.

تمّ الکلام فی تحریر مسائل القضاء بعون اللّه سبحانه و تعالی

و قد لاح بدر تمامه یوم الأحد لعشرین خلون من شهر ربیع الأوّل

من شهور عام ۱۴۰۴ ثمّ أعدنا النظر فی الدورة الثانیة

و تمّت المراجعة و التبییض فی الیوم الثالث من شهر شعبان المعظم، یوم

میلاد الإمام الطاهر الحسین بن علی علیهما السَّلام من شهور عام ۱۴۱۶.

نشکره سبحانه علی آلائه و نعمائه اللّهمّ ما بنا من نعمة فمنک و إلیک

و الحمد للّه ربّ العالمین

و صلّی اللّه علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۰۳

کتاب الشهادات

اشارة

تالیف

العلّامة الفقیه

جعفر السبحانی

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۰۵

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه ربّ العالمين و الصّلاة و السّلام على سيّد رسله و خاتم أنبيائه، محمّد و آله الطاهرين الّذين هم أساسُ الدين و عمادُ اليقين، إليهم يفيء الغالى، و بهم يلحق التالى، صلاة دائمة ما دامت السماء ذات أبراج، و الأرض ذات فجاج.

أمّا بعد: فلمّا انتهينا من دراسة كتاب القضاء رأينا اشتياق حضّار بحثنا إلى اردافها بدراسة كتاب الشهادات على غرار كتاب شرائع الإسلام للمحقّق الحلّى قدس سره. للصلة القوية بين بحوث الكتابين فلا يكتمل أحدهما إلّا بالآخر. فنزلنا عند رغبتهم متوكّلين عليه سبحانه أنّه خير مسئول، و خير معين. فنقول:

الشهادة فى اللغة و الاصطلاح

الشهادة: اسم من المشاهدة، و هى الاطّلاع على الشيء عياناً يقال: شهدتُ الشيء اطلعتَ عليه و عاينتَه، فأنا شاهد، و الجمع أشهاد و شهود. و منه قوله سبحانه: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (البقرة/ ۱۸۵) و كأنّ المقيم يعاين الشهر فيجب عليه الصوم، بخلاف المسافر و قوله: (وَ لْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) (النور/ ۲) أى و لتحضر و مرجع الحضور فى الواقعة إلى تحمّل العلم عن حضور و حسّ، ثمّ استعمل فى أدائها و إظهار الشاهد ما تحمّله من العلم، ثمّ صار كالمشترك بين التحمّل و التأدية بعناية وحدة الغرض فانّ التحمّل يكون

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۰۶

غالباً لحفظ الحقّ و الواقع من طروء البطلان عليه بنزاع أو تغلّب أو نسيان، أو خفاء، فكانت الشهادة سبباً لحفظ الحقّ و الواقع، فبهذه العناية كان التحمّل و التأدية كلاهما شهادة لوحدة الغرض و هو حفظ الحقّ و إقامته. «۱»

هذا هو حسب اللغة و أمّا فى الاصطلاح فقد عرّفه الشهيد قدس سره فى القواعد بقوله: «إخبار جازم عن حقّ لازم للغير، واقع من غير حاكم». «۲» و قال أيضاً: الشهادة و الرواية تشتركان فى الجزم و ينفردان فى أنّ المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله عليه السَّلام: «لا شفعة فيما لا يقسم» فإنّه شامل لجميع الخلق إلى يوم القيامة و إن كان لمعين فهو الشهادة كقوله عند الحاكم أشهد بكذا لفلان.

و قال أيضاً: الفرق بين الفتوى و الحكم أنّ الفتوى مجرّد إخبار عن اللّه تعالى بأنّ حكمه فى هذه القضية كذا، و الحكم إنشاء إطلاق أو إلزام ممّا يتنازع فيه الخصال لمصالح المعاش. «۳»

فنقول: إنّ أُصول البحث فى كتاب الشهادات لا تتجاوز عن خمسة و هى:

۱- فى صفات الشاهد.

۲- بما ذا يصير الشاهد شاهداً (مستند الشهادة).

۳- فى المواضع التى تقبل فيها الشهادة من أقسام الحقوق.

۴- فى الشهادة على الشهادة.

۵- فى اللواحق.

و إليك الكلام فيها واحداً بعد واحد.

---

(۱) الطباطبائى، الميزان: ۳/ ۱۱۸، بتصرّف يسير.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۷.

(۳) مکی العاملی، القواعد و الفوائد: ح ۱ فی ذیل القاعدة ۸۲، ص ۲۴۷ و القاعدة ۱۱۴.

المقصد الأوّل فی صفات الشهود

اشارة

یشترط فی الشاهد أُمور:

الأوّل: البلوغ

لا تقبل شهادة الصبیّ عند جمیع الشعوب ما لم یبلغ حدّاً یستطیع معه علی تمییز الأشیاء و الأفعال، و حفظ ما عاین منهما فی الذاکرة، ثمّ أدائها إلی الغیر، حسب ما شاهد، و بما أنّ الصبیان مختلفون فی الذکاء و الحفظ و الأداء، أخذ الشارع موقفاً حاسماً باشتراط البلوغ فلا یقبل إن لم یبلغ و إن کان ذکیاً، حفیظاً، منطیقاً، لأنّ العبرة بالغالب لا الشاذ، إلّا أن یفید العلم للقاضی، و عند ذلک یکون المرجع علمه، لا شهادته.

و یستطیع الإنسان، أن یستنبط ذلک التحدید من الإمعان فی الروایات الواردة فی الأبواب المختلفة التالیة و نکتفی من کلّ باب، بالقلیل:

۱- ما ورد فی الباب الرابع من أبواب مقدّمات العبادات و فیه قول الإمام علی علیه السَّلام مخاطباً لعمر: «أما علمتَ أنّ القلم یرفع عن ثلاثة: عن الصبی حتّی یحتلم، و عن المجنون حتّی یفیق، و عن النائم حتّی یستیقظ». «۱»

۲- ما ورد فی کتاب الحجر من عدم جواز أمره حتّی یبلغ «۲» حیث یمکن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱، الباب ۴ من أبواب مقدّمات العبادات، الحدیث ۱۱ و لاحظ عامة روایات الباب.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲ من أبواب أحکام الحجر، الحدیث ۱.

الاستئناس به للمقام.

۳- ما دلّ علی عدم جواز وصیّة الصبیّ إلّا إذا بلغ عشر سنین. «۱» و الاستثناء دلیل علی عدم العبرة بفعله و قوله إلّا فی مورد الوصیة.

۴- ما یدلّ علی أنّهم إذا تحمّلوا فی الصغر جازت لهم التأدیة إذا بلغوا. «۲» و لو جازت شهادتهم قبل البلوغ، لکان التقیید لغواً.

۵- ما ورد فی باب القصاص من أنّ المجنون و المعتوه الذی لا یفیق و الصبی الذی لم یبلغ، عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم. «۳»

إلی غیر ذلک من الروایات الواردة فی شأن الصبی الّتی یفید المجموع من حیث المجموع عدم الاعتداد بقول الصبی و فعله إلّا فی موارد نادرة و لأجل ذلک عُدّ البلوغ شرطاً فی نفوذ الشهادة و إن لم یرد فیه نصّ خاص.

و تمکن استفادة الاشتراط من الاعتداد بشهادة الصبیّ علی القتل تحت شروط خاصة، المعرب عن عدم الاعتداد بشهادته فی غیره. و إلیک بعض کلمات الأصحاب ثمّ سرد الروایات:

۱- قال الشیخ فی الخلاف: تقبل شهادة الصبیان بعضهم علی بعض فی الجراح ما لم یتفرّقوا إذا اجتمعوا علی أمر مباح کالرمی و غیره، و به قال ابن الزبیر و مالک، و قال قوم: إنّها لا- تقبل بحال لا- فی الجراح و لا فی غیرها تفرقوا أو لم یتفرقوا ذهب إلیه ابن عباس و

شریح و الحسن البصری و عطا و الشعبی، و فی الفقهاء الأوزاعی و الثوری و ابن أبی لیلی و أبی حنیفة و أصحابه و الشافعی. دلیلنا، إجماع الفرقة و أخبارهم، و علیه إجماع الصحابة روی ابن أبی ملیکة عن ابن عباس أنّه قال: لا تقبل شهادة الصبیان فی الجراح، و خالفه ابن الزبیر فذهب

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۴۴ من أبواب کتاب الوصیة، الحدیث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۳۶ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲.

الناس إلی قول ابن الزبیر فثبت أنّهم أجمعوا علی قوله، و ترکوا قول ابن عباس. «۱»

۲- و قال فی النهایة: و تجوز شهادة الصبیان إذا بلغوا عشر سنین فصاعداً إلی أن یبلغوا فی الشجاج و القصاص و یؤخذ بأوّل کلامهم و لا یؤخذ بآخره و لا تقبل شهادتهم فیما عدا ذلک من الدیون و الحقوق و الحدود. «۲»

۳- و قال ابن البراج: فأمّا شهادة الصبیان فهی ضربان: جائز و غیر جائز. فالجائز شهادة کلّ صبی بلغ عشر سنین إلی أن یبلغ، فی الشجاج و القصاص و یؤخذ بأوّل کلامهم فی ذلک و لا یؤخذ بآخره، و یفرّق بینهم فی الشهادة فإن اختلفوا لم یحکم بشیء من أقوالهم. «۳»

۴- و قال ابن إدریس: و تجوز شهادة الصبیان دون الصبایا إذا بلغوا عشر سنین فصاعداً إلی أن یبلغوا، فی شیئین فحسب، الشجاج و القصاص و یؤخذ بأوّل کلامهم و لا یؤخذ بآخره و لا تقبل شهادتهم فیما عدا ذلک من جمیع الأحکام. «۴»

۵- و قال ابن حمزة: و الصبی إن کان مراهقاً و هو إذا بلغ عشر سنین فصاعداً تقبل شهادته فی القصاص و الشجاج لا غیر و یؤخذ بأوّل کلامه. «۵»

۶- و قال المحقّق بعد نقل الأقوال: فالأولی الاقتصار علی القبول فی الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، و بقاء الاجتماع، إذا کان علی مباح، تمسّکاً بموضع الوفاق. «۶»

۷- و قال ابن سعید: و لا تقبل شهادة الصبیان إلّا إذا بلغوا عشر سنین فصاعداً و میّزوا، فی الشجاج و الجراح خاصة و یؤخذ بأوّل کلامهم. «۷»

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۲۰.

(۲) الطوسی، النهایة، کتاب الشهادات: ۳۳۱.

(۳) ابن البراج، المهذّب: ۲/ ۵۵۹.

(۴) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۳۶.

(۵) ابن حمزة الطوسی، الوسیلة: ۲۳۱.

(۶) المحقّق، الشرائع: ۴/ ۱۲۵.

(۷) ابن سعید، الجامع للشرائع: ۵۴۰.

۸ و قال العلّامة: فلا تقبل شهادة الصبی و إن راهق إلّا فی الجراح بشرط بلوغ عشر سنین فصاعداً و عدم تفرقهم فی الشهادة و اجتماعهم علی المباح. «۱»

هذه نماذج من كلمات الأصحاب و هم:

بين من يجوِّز شهادته فى الشجاج و القصاص كالشيخ فى النهاية، و ابن البراج فى المهذّب، و ابن إدريس فى السرائر و ابن حمزة فى الوسيلة.

و من يجوِّز شهادته فى الشجاج و الجراح دون القصاص كابن سعيد فى الجامع.

و من يخصها بخصوص الجراح فقط كالشيخ فى الخلاف و المحقّق فى الشرائع، و العلّامة فى الإرشاد.

إذا تعرّفت على الأقوال فلنذكر النصوص فهى على أقسام:

أ: ما يدلّ على حجّية شهادة الصبىّ إذا بلغ عشراً من دون اختصاص بمورد كصحيح أبى أيّوب الخزاز قال: سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: و يجوز أمره؟ قال فقال: إنّ رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم دخل بعائشة و هى بنت عشر سنين، و ليس يدخل بالجارية حتّى تكون امرأة فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته. «۲»

و الرواية لا تنهض حجّة لأنّ المروى عنه هو إسماعيل بن جعفر و لم ينسبه إلى الإمام نفسه و إنّما استنبط جواز الشهادة من قياس باطل، و هو قياس الصبى بالصبية، مع أنّه قياس مع الفارق، لأنّ الصبية و إن كانت ضعيفة من حيث الجسم لكنّها أسرع رشداً فتتزوّج بعد التسع، بخلاف الصبى فهو قوىّ من حيث الجسم و لكنّه أبطأ رشداً. و هى على أىّ حال فالرواية متروكة.

---

(۱) العلّامة الحلّى، الإرشاد: ۲/ ۱۵۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۱۱

و مثله رواية عبيد بن زرارة، قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السَّلام عن شهادة الصبى و المملوك فقال: «على قدرها يوم أشهد، تجوز فى الأمر الدون و لا تجوز فى الأمر الكبير» «۱» و هى أيضاً غير معمولة.

ب: ما خصّ بالقتل كصحيح جميل ۲ و محمّد بن حمران. ۳

ج: لم يذكر الموضوع و لكن القرائن تشهد على أنّ المراد ما يرجع إلى ما يتركه لعب الصبيان من نتائج سلبية كخبر طلحة بن بريد عن الصادق عن آبائه عن على قال: «شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم». ۴

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنّ مقتضى التعبّد بالنصوص، هو حصر حجّية شهادتهم على القتل فقط كما هو مقتضى تصريح رواية محمّد بن حمران و ظاهر رواية جميل. و مع ذلک نرى أنّ الأصحاب، تركوا الموضوع الوارد فيهما، و جعلوا مكانه ما عرفت. فالمحقّق ترک العمل بالروايات فى موردها (القتل) و مع ذلک عمل بها فى مورد الجراح و هو كما ترى و مثله العمل بها فى مورد الشجاج أيضاً لوضوح خروجهما عن القتل، و إلحاقهما به بقياس أولوى فرع العمل بها فى موردها و المفروض ترک العمل بها فى موردها، على أنّ الأولوية ممنوعة كما سيوافيک.

نعم ترک المحقّق العمل بها فى مورد القتل، لاستلزامه التهجم على الدماء بخبر الواحد و هو خطر و لكنّه إنّما يلزم لو أُريد به القصاص دون الدية، و ذلک لكون القصاص فرع كون القاتل مكلّفاً، و المفروض أنّ قلم التكليف مرفوع فيكون هذا قرينة على حملها على الدية و يشهد على ذلک تفريق الإمام الدية عليهم عند الاشتباه و الاختلاف فى القاتل. ۵

و بما ذكرنا صرّح فى الجواهر و قال: بل منه ينقدح اختصاص قبول

---

(۱) ۱– ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ۵، ۱، ۲، ۶.

(۲) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كتاب الديات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۱۲

شهادتهم فی الدیة لأنّ عمدهم خطأ، و هذا هو المناسب لعدم التهجم علی الدماء بشهادتهم علی وجه یُقتصّ بها من البالغین فی نفس أو طرف، کما أنّه المناسب لشدة الأمر فی الدماء و عدم إبطالها فیختص حینئذ قبول شهادتهم فی ما بینهم لإیجابها الدیة و لو کان المشهود به هو القتل. «۱»

و منه یعلم أنّ قیاس الشجاج و الجراح بالقتل قیاس مع الفارق و الأولویة ممنوعة فی المقام.

و ذلک لأنّ الأهمیّة الخاصة بالنفس دعت الشارع إلی جعل الحجّیة لشهادة الصبی، فی القتل حتّی لا یذهب دم المسلم سدی و لکنّها لیست بموجودة فی الشجاج و الجراح فلا یکون ذلک دلیلًا علی حجّیة شهادته فی غیر النفس.

ثمّ قبول شهادته مشروط بشروط ذکر المحقق منها ثلاثة، أعنی:

۱- البلوغ عشراً، ۲ بقاء الاجتماع، ۳ لو اجتمعوا علی أمر مباح و قد أُشیر فی بعض النصوص إلی شروط أُخر، ۴ أن لا یوجد غیرهم ۵ اعتبار الأخذ بأوّل کلامهم ۶ أن تکون شهادة بعضهم علی بعض، لا- علی الخارج عن حوزتهم، أمّا الرابع فهو القدر المتیقن و أمّا الخامس فهو المنصوص فی غیر واحد من روایات الباب «۲» و أمّا السادس فهو المنصوص فی روایة طلحة بن زید. ۳

الثانی: کمال العقل

و قد اتّفق علی هذا الشرط العقلاء فلا عبرة بقول المجنون إخباراً و إنشاءً إنّما الکلام فی من یناله الجنون أدواراً فله صور:

۱- أن یتحمّل فی حال الإفاقة، و یؤدّی فیها، سواء أ تخلّل بینهما الجنون

---

(۱) الجواهر: ۴۱/ ۱۴۱۳.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۲، ۴، ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۱۳

الموقّت أم لا.

۲- أن یتحمّل فی حال الجنون، و یؤدی حال الإفاقة.

۳- عکس الثانی، یتحمل حال الإفاقة و یؤدّی حال الجنون.

لا إشکال فی حجّیة شهادته فی الصورة الأُولی، کما لا إشکال فی عدمها فی الصورة الثالثة، إنّما الکلام فی الصورة الثانیة، و لعلّ عدالته تصدُّه عن الإخبار بشیء غیر جازم و لا محقّق، لکن بعد استظهار الحاکم بما یتیقن معه حضور ذهنه و استکمال فطنته. و إلّا طرحت شهادته.

و لعلّ التعبیر بکمال العقل لإخراج الصنفین التالیین:

۱- الساهی و هو الذی یعرض له السهو غالباً فربّما سمع الشیء و نسی بعضه فیکون ذلک مغیّراً معنی اللفظ ناقلًا لمعناه، لانصراف الأدلّة عن مثله و لصدق الظنین علیه. «۱» فحینئذ یجب علی القاضی الاستظهار حتّی یتثبّت ما یشهد به علی وجه یطمئن بعدم غفلته فیما شهد به، و لو لکون المشهود به ممّا لا یُسهی فیه و مع ذلک ففی جواز الاعتماد علی شهادته تأمّل إلّا أن یحصل الیقین فتکون الحجّة هو یقینه.

۲- المغفَّل الذی فی جبلَّته البله فربّما استغلط لعدم تفطّنه لمزایا الأُمور و تفاصیلها فیدخل فیه الغلط و الاشتباه من حیث لا یشعر و یأتی فیه ما ذکر فی الساهی.

الثالث: الإسلام

یعتبر فی الشاهـد الإسـلام، لأنّ الکـافر فـاسق و لا عبرهٔ بشـهادهٔ الفاسق إجماعاً و علیه اسـتفاضت الروایات و قال الصادق علیه السَّلام: «تجوز شهادهٔ المسلمین علی جمیع أهل الملل و لا تجوز شهادهٔ أهل الذمّهٔ علی المسلمین» نعم استثنی مورد واحد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۱۴

و هو شهادته فی باب الوصیّهٔ علی الشروط الآتیهٔ.

الرابع: الإیمان

اشارهٔ

المراد من الإیمان فی المقام کون الشاهـد إمامیاً معتقـداً بإمامـهٔ الأئمّهٔ الاثنی عشـر فلا تُقبل شـهادهٔ المخالف علی المؤمن، و قد ادّعی صاحب الجواهر کون المسألهٔ إجماعیهٔ أو من ضروریات المذهب.

قال الشـیخ: کل من خالف الحقّ لا تُقبل شـهادته سواء کان ممن یُکفَّر أو یفسَّق و سواء کان فسـقه علی وجه التـدیّن أو علی غیر وجه التدین. و من وافق الحقّ لا تقبل شهادته إلّا إذا کان عدلًا لا یعرف بشیء من الفسق. و قال قوم: من کان فاسقاً علی وجه التدیّن به، فلا تردّ شهادته، و إنّما یردّ من فَسَق بأفعال الجوارح من الزنا و اللواط و شرب الخمر و القذف و غیر ذلک. «۱»

و قال فی الخلاف: لا تجوز قبول شـهادهٔ من لا یعتقـد إمامـهٔ الأئمّـهٔ الاثنی عشـر، و لا منهم إلّا من کان عـدلًا یعتقد العدل و التوحید و نفی القبیح عن اللّه تعالی و نفی التشبیه و من خالف فی شیء من ذلک کان فاسقاً لا تُقبل شهادته.

أقول: «۲» لو قلنا بکفر المخالف فعدم الجواز واضح لکنّه غیر صـحیح لما قرّر فی محلّه من أنّه یکفی فی الدخول فی حظیرهٔ الإسـلام، الإقرار بالتوحید، و الرسالهٔ و المعاد منضـمّاً إلی عدم إنکار ما یستلزم إنکارُه، إنکارَ الرسالهٔ و کان النبی الأکرم صـلَّی الله علیه و آله و سلَّم یقبل إسلام من یعترف و یشهد علی الثلاثهٔ: التوحید و الرسالهٔ و المعاد.

نعم لاـ شـکّ فی کفر النـاصب و قـد بیّن فی محله و مـا ورد حول جواز شـهادته، فهو مؤوَّل. روی عبـد اللّه بن المغیرهٔ قال: قلت لأبی الحسن الرضا علیه السَّلام:

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۲۰.

(۲) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۴۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۵۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۱۵

رجل طلّق امرأته و أشـهد شاهـدین ناصبیین قال: «کلّ من وُلد علی الفطرهٔ و عُرف بالصـلاح فی نفسه جازت شـهادته». «۱» فإنّ الإمام علیه السَّلام أشار بقوله: «ولد علی الفطرهٔ ...» إلی عدم صـحّهٔ شـهادته لأنّه لم یولد علی فطرهٔ الإسـلام. و فقد الصلاح فی نفسه، و علی هذا لا حاجهٔ إلی حمله علی التقیّهٔ، نعم السند ضعیف لوجود السیّاری فیه.

ثمّ إنّ المحقّق، استدل علی عدم جواز شهادهٔ المخالف «بکونه ظالماً و فاسقاً»، لکونه ظالماً لنفسه، و خارجاً عن الطاعهٔ و إن کان عدلًا فی مـذهبه و قـد قـال اللّه تعـالی: (إِنْ جَاءَکُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا) (الحجرات/ ۶). و قـوله: (وَ لَا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّکُمُ النَّارُ)

(هود/ ۱۱۳).

و أورد علیه فی المسالک بأنّ الفسق یتحقق بفعل المعصیة المخصوصة مع العلم بکونها معصیة أمّا مع عدمه بل مع اعتقاده أنّها طاعة بل من مهمّات الطاعات فلا، و الأمر فی المخالف للحقّ للاعتقاد، کذلک لأنّه لا یعتقد المعصیة بل زعم أنّ اعتقاده من أهمّ الطاعات و إنّما یتّفق ذلک ممن یعاند الحقّ مع علمه به و هذا لا یکاد یتّفق. «۲»

ما ذکره قدس سره إنّما یتم فی المخالف القاصر إذ لا یحکم علیه بالفسق و الکفر لافتراض قصوره و فقدان الشرائط العامة للتکلیف بخلاف المقصّر، فانّه محکوم بالعقاب فیکون فاسقاً و ظالماً.

نعم استدل صاحب الجواهر بوجوه عشرة علی عدم القبول، أکثرها غیر تامّة و المهم هو ما اعتمد علیه المحقق من صدق الظلم و الفسق، و أمّا غیرهما فإمّا قاصر السند أو قاصر الدلالة، فمن الأوّل الاستدلال بما روی عن التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری علیه السَّلام من قول الإمام أمیر المؤمنین علیه السَّلام فی تفسیره قوله

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱، من أبواب کتاب الشهادات، الحدیث ۲۱.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۴۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۱۶

تعالی: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ) «۱» ممّن ترضون دینه و أمانته و صلاحه و عفّته. «۲» و غیر خفی علی النابه أنّ التفسیر تألیف عالم من علماء الشیعة و لیس تألیفاً للإمام علی أنّه من المحتمل أن یکون المراد من الدین هو الإسلام مقابل الکفر أو المراد الدین علی صعید العمل. و من الثانی الاستدلال بقوله علیه السَّلام: لا تقبل شهادة ذی شحناء أو ذی مخزیة فی الدین» «۳» و الشحناء العداوة، کما أنّ المقصود من ذی مخزیة فی الدین، هو الذی رکب من المعاصی ما یُعد خزیاً، و عاراً، و شناراً کالسرقة و الزنا و شرب الخمر و أین ذلک من الاعتقاد الفاسد.

و الحاصل أنّ أکثر ما استدل به، غیر تام و من دأبه قدس سره إذا کان الحکم مشهوراً بین العلماء أنّه کان یجمع الأدلة من هنا و هناک لتأیید الحکم، سواء أ کان تامّاً أملا.

و فی مقابل ما استدل به المحقق، روایات یمکن استظهار حجّیة شهادته منها و هی تتلخص فی ما یأتی:

۱- صحیح محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: «لو کان الأمر إلینا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خیر». «۴» و المراد من الخیر إمّا الإسلام أو الملکة الرادعة عن المعصیة، أو نیّة الخیر أو ما یقرب من ذلک فیصلح للاستدلال کما یحتمل أن یراد منه الإیمان بالمعنی الأخصّ و کان الإمام بصدد بیان حصر الشهادة، بمن کان کذلک.

۲- ما روی عن الرضا عن آبائه عن علی علیهم السَّلام قال: «قال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: من عامل الناس فلم یظلمهم، و حدَّثهم فلم یکذبهم، و وعدهم فلم یخلفهم، فهو ممّن کملت مروته و ظهرت عدالته و وجبت أُخوته و حرمت غیبته». ۵ فإذا کانت

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۵.

(۴) ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸ و ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۱۷

هذه الأعمال کافیة فی استکشاف العدالة، فتدل علی أنّ المعتبر منها فی الشهادة، مطلق الملکة الرادعة عن الحرام، من دون مدخلیة

للاعتقاد فیها.

۳- ما ورد من أنّ الذمی إذا أسلم و أدّی ما تحمّله حال کونه کافراً بعد الإسلام تقبل شهادته «۱» فإنّ إطلاقه یعمّ ما إذا أسلم غیر إمامی، و کان هو الغالب عصر صدور الروایات.

أضف إلی ذلک أنّ قبول روایهٔ المخالف إذا کان ثقهٔ فی اللسان أو عدلًا فی مذهبه، یشعر بقبوله فی الشهادهٔ فإنّ مضمون الروایهٔ یرجع إلی عموم الناس إلی یوم القیامهٔ و الشهادهٔ ترجع إلی موضوع جزئی خاص فکیف تقبل الروایهٔ و لا تقبل الشهادهٔ؟! فتأمّل.

فالحقّ التفصیل بین القاصر و المقصّر و ما أکثر القاصر فی البلاد الإسلامیهٔ فضلًا عن غیرها.

قبول شهادهٔ الذمّی خاصّهٔ فی الوصیّهٔ

اشارهٔ

إذا کان الإسلام شرطاً فلازمه عدم قبول شهادهٔ غیر المسلم کالذمیّ و الحربی و هو کذلک لکن استُثنی فی الذکر الحکیم مورد خاص و هو الوصیهٔ إذا لم یوجد هناک عدول و یدل علیه من الکتاب قوله سبحانه: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهادَةُ بَیْنِکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَأَصابَتْکُمْ مُصِیبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَیُقْسِمانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی وَ لا نَکْتُمُ شَهادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ) (المائدهٔ/ ۱۰۶).

و المراد من حضور الموت هو حضور أسبابه من مرض أو غیره و عندئذ فله

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۲، ۳ و غیرها.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۱۸

أن یوصی و یستشهد علی الوصیهٔ اثنین مسلمین عدلین کما هو مفاد قوله: (ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ) أو ذمیّین عدلین أیضاً کما یدل علیه قوله: (أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ) و یدل ظاهر الآیهٔ علی أنّ نفوذ شهادهٔ الذمی فی الوصیهٔ مشروط بشرطین:

۱- عدم وجود مسلم کما هو ظاهر قوله: (أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ) و ذلک لأنّ ظاهر (أَوْ) فی الآیهٔ للتفصیل، لا للتخییر.

۲- کون التحمّل فی أرض الغربهٔ و یعرب عنه قوله: (إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ) و یدل علی الأوّل من السنّهٔ صحیح محمّد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: سألته هل تجوز شهادهٔ أهل ملّهٔ من غیر أهل ملّتهم؟ قال: «نعم إذا لم یُوجد من أهل ملّتهم، جازت شهادهٔ غیرهم، إنّه لا یصلح ذهاب حقّ أحد». «۱»

إنّما الکلام فی لزوم الأخذ بالقید (لم یوجد) لاحتمال ورود القید مورد الغالب إذ قلّما یتفق لمسلم، أن لا یوجد عنده مسلمان یُشهدهما علی الوصیهٔ إلّا فی أرض الغربهٔ، و یؤیّد ذلک عمومیهٔ التعلیل للغربهٔ و غیره أعنی: قوله فی غیر واحد من الروایات: «و أنّه لا یصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم» ۲ أو «لا یصلح ذهاب حق أحد» و علی ذلک فلو حضرت أسباب الموت، و لم یجد مسلماً فی وطنه، فله أن یُشهد الذمیین علی الوصیهٔ.

ثمّ إذا دار الأمر بین إشهاد الذمی علی الوصیهٔ أو إشهاد الفاسق من المسلمین فهل الذمی یقدّم علی الثانی، أو یقدّم الثانی علی الأوّل أو یفصّل؟ فنقول:

إذا أدرکه الموت و لدیه ذمیّان عادلان، و مسلمان فاسقان بعیدان عن الکذب و الخیانهٔ فالذمیّان العادلان حسب مذهبهما، مقدّمان علیهما لأنّ الآیهٔ محمولهٔ علی عدم وجود مقبول الشهادهٔ من المسلمین لا علی عدم وجودهم. اللّهمّ

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۰ من أبواب الوصايا، الحديث ۳ و ۴ و لاحظ التعليل أيضاً فى الحديث ۱، ۳، ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۱۹

إلّا أن تفسر العدالة فى الذميين بعدم الكذب و الخيانة فيقدّم المسلمان لاشتراكهما فى العدالة المعتبرة، مع مزية الإسلام.

و منه يظهر حالهما مع مسلمين مجهولين فيقدّمان، إلّا أن يقال بأنّ الأصل فى المسلم العدالة إلّا أن يظهر خلافها فيقدّم المسلمان المجهولان.

و أمّا إذا دار الأمر بين الذميين العادلين، و المسلمين الفاسقين بالكذب و الخيانة فلا شكّ فى تقدّم الذمى على المسلم.

إكمال

ذكر المحقق بأنّ الإيمان يثبت بمعرفة الحاكم أو قيام البيّنة أو الإقرار، و ذكر فى المسالك أنّ مرجع الثلاثة إلى الإقرار لأنّ الإيمان أمر قلبى لا تمكن معرفته من معتقده إلّا بالإقرار.

و الظاهر أنّ طريق المعرفة غير منحصر بالثلاثة، و الإيمان كسائر الصفات النفسانية من الشجاعة و الجبن و العفة تُعْرف بآثارها فى حياة الإنسان و على ذلك فلا ينحصر الطريق بالثلاثة، كما لا يكون مرجع الكلّ إلى الإقرار.

فى شهادة الذمى على الذمى

لا إشكال فى نفوذ شهادة المسلم على الذمى و الحربى، و عدم نفوذ شهادتهما على المسلم و قد روى أبو عبيدة عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام أنّه قال: «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمّة (الملل) على المسلمين». «۱»

إنّما الكلام فى نفوذ شهادة الذمى على أهل ملّته أو غير أهل ملّته أو على الحربى فقد نقل الشيخ أقوالًا ثلاثة قال:

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۲۰

۱ قال قوم لا- يجوز قبول شهادة أهل الذمّة بعضهم على بعض سواء اتّفقت ملّتهم أو اختلفت مثل شهادة اليهود على اليهود، أو على النصارى، أو كذلك النصارى و به قال مالك و الشافعى و الأوزاعى و ابن أبى ليلى و أحمد.

۲- و قال آخرون: تقبل شهادة بعضهم على بعض سواء اتّفقت ملّتهم أو اختلفت ذهب إليه قضاة البصرة: الحسن، و سوار، و عثمان البتّى و به قال فى الفقهاء حماد بن أبى سلمان و الثورى و أبى حنيفة و أصحابه.

۳- و ذهب الشعبى و الزهرى و قتادة إلى أنّه إن كانت الملّة واحدة كاليهود على اليهود قبلت، و إن اختلفت ملّتهم لم تقبل كاليهود على النصارى و هذا هو الذى ذهب إليه أصحابنا و رووه.

دليلنا قوله تعالى: (إِنْ جٰاءَكُمْ فٰاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهٰالَةٍ) (الحجرات/ ۶) فأمر اللّه بالتثبت و التبيّن، فى نبأ الفاسق، و الكافر فاسق. و روى ابن غنم قال سألت معاذ بن جبل عن شهادة اليهود على النصارى فقال: سمعت النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم يقول: «لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلّا المسلمين فانّهم عدول على أنفسهم و على غيرهم» و هذا الذى اخترناه، و الوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا، فأمّا إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك. «۱»

و قال فى النهاية: و تجوز شهادة بعضهم على بعض و لهم، و كل أهل ملّة على أهل ملّته خاصة و لهم و لا تُقبل شهادة أهل ملّة منهم

لغير أهل ملّتهم و لا عليهم. «۲»

و قال في المبسوط: فأمّا قبول شهادة بعضهم على بعض فقال قوم لا- تقبل بحال، لا على مسلم و لا على مشرك، اتّفقت ملّتهم أو اختلفت و فيه خلاف و يقوى في نفسى أنّه لا تقبل بحال لأنّهم كفّار فساق و من شرط الشاهد أن يكون

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۲۲.

(۲) الطوسى، النهاية: ۳۳۴ باب شهادة من خالف الإسلام.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۲۱

عدلًا. «۱»

و قال ابن البرّاج: لا- تجوز شهادة أهل الملل المختلفة بعضها على بعض بل تقبل شهادة أهل الملّة الواحدة بعضهم على بعض إلّا المسلمين فإنّ شهادتهم مقبولة على الجميع. «۲»

و بذلك تبيّن أنّ للشيخ قولين قول بالتفصيل في الخلاف، و قول بالنفى مطلقاً في المبسوط و قد تبع ادريس قول الشيخ في المبسوط حيث قال بعد نقل كلامه و هذا هو الذى يقوى أيضاً في نفسى. «۳»

فإذاً الأقوال لا تتجاوز عن ثلاثة.

احتج النافى مطلقاً بانتفاء بعض الشرائط العامة في الشهادة كالإسلام و الإيمان و العدالة.

يلاحظ عليه: أنّ منصرف هذه الشروط، هو غير هذا المورد بل يمكن أن يقال إنّ المراد من العدل في الشاهد الكافر، هو كونه صادقاً في القول، أميناً في العمل. لا صاحب الملكة الرادعة عن المعاصى الواردة في مذهبه.

احتج المثبت مطلقاً بصحيح عبيد اللّه بن على الحلبى قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام: هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملّتهم؟ قال: «نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم، جازت شهادة غيرهم، أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد». «۴»

ففيه إطلاقان: ۱ من جهة عدم اختصاصه بمورد الوصية عند الموت. ۲ من جهة أنّ قوله: «على غير أهل ملّتهم» يعمّ المسلم و الكافر غير المماثل خرج المسلم بالدليل و بقى الباقى.

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۸۷، باب فيما يجب على المؤمن من القيام بالشهادة.

(۲) ابن البراج، المهذّب: ۲/ ۵۵۷.

(۳) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۴۰.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۲۲

يلاحظ عليه: أنّ قوله: «نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم» يعرب عن كون مورده الإيصاء عند الموت في الغربة إذ من البعيد أن لا يوجد المماثل في غير هذه الحالة.

و أمّا الإطلاق الثانى، فهو أمر بدوىّ يزول إذا قورن مع خبر ضريس الكناس، حيث إنّ ذيله، يعرب عن كون المقصود منه (على غير أهل ملّتهم) هو المسلم.

روى ضريس الكناسى قال سألت أبا جعفر عليه السّلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: «لا إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم، جازت شهادتهم في الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصيّته». «۱»

فإنّ الروايتين متقاربتا المضـمون و العبارة و ذيل الثانية (حق امرئ مسلم) يكشف عن كون المقصود من غير «أهل الملّة» هو المسلم، و اختصاص الجواز بالوصية.

و الروايتان ناظرتان لتفسير الآية المباركة المتقدمة و لا تتضمنان شيئاً جديداً فظهر عدم الدليل على هذا القول.

و أمّا القول بالتفصـيل فهـذا هو الـذى اختاره الشيخ فى الخلاف و النهايـة و ابن البراج فى المهـذّب، خلافاً للشيـخ فى المبسوط و ابن إدريس فى السرائر و المحقّق فى الشرائع.

احتـجّ المفصِّل بموثقـة سـماعة عن أبى عبـد اللّه عليه السَّلام عن شـهادة أهل الذمة. فقال: «لا تجوز إلّا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد». «۲» و المناقشة فى السند لأجل وقوع

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۰ من كتاب الوصايا، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۰ من أبواب كتاب الوصية، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۲۳

العبيدى فيه غير وجيه، لكونه ثقة و كفى فى وثاقته توثيق النجاشـى له و قد ردّ على ابن الوليد اسـتثناؤه إيّاه من أسناد نوادر الحكمة، و المهم هو تمامية دلالته.

فلو أخـذنا بإطلاق الـذيل، يكون مفاده حجّية شـهادة المماثل مطلقاً فى حقّ المماثل، و أمّا غير المماثل فإنّما يكون حجّة فيما لم يكن هناك المماثل و كانَ موردها هو الوصـية و الظاهر تماميـة الإطلاق خصوصاً على ما روى فى كتاب الوصـية من قوله: عن شـهادة أهل الذمة، مكان أهل الملّة فى كتاب الشهادات. «۱»

فتكون النتيجة هو قول رابع و هو الحجّية فى المماثل مطلقاً، و عدمها فى غيره إلّا فى مورد الإيصاء للضرورة.

الخامس: العدالة

اشارة

المشـهور، اشتراط العدالة فى الشاهد قال الشيخ: لا يجوز للحاكم أن يقبل إلّا شهادة العدول فأمّا من ليس بعدل فلا تقبل شهادتُه لقوله تعالى: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲).

و قال سبحانه: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ) (المائدة/ ۱۰۶).

و قد ورد اعتباره فى غير الشاهد مثل قوله سبحانه: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَ أَنْتُمْ حُرُمٌ وَ مَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوا عَـدْلٍ مِنْكُمْ هَـدْياً بالِغَ الْكَعْبَـةِ) (المائدة/ ۹۵) و «النعم» فى اللغـة هى الإبـل و البقر و الغنم قـوله: (فَجَزاءٌ) مبتدأ، خبره قوله (مِثْلُ ما قَتَلَ) و قوله: (مِنَ النَّعَمِ) بيان للكفّارة فيجب أن يُهدى إلى الكعبة، مماثل الصيد فى الخلقة، ففى النعامة بدنة، و فى حمار الوحش و شبهه، بقرة، و فى الظبى و الأرنب، الغنم.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۲۴

فاشترطت العدالة فى الحاكم بذلك.

و ما ذکر من الآیات و إن کان لا یثبت شرطیهٔ العدالهٔ فی الشاهد مطلقاً و لکن إذا ضمّت إلیها الروایات ثبت شرطیتها بوضوح.

۱- ففی صحیح عبد اللّه بن یعفور قال قلت لأبی عبد اللّه علیه السَّلام: بم تعرف عدالهٔ الرجل بین المسلمین حتّی تقبل شهادته لهم و علیهم. «۱» الظاهر فی مفروغیهٔ شرطیهٔ العدالهٔ و إنّما طلب أن یتعرّف علی طریقها.

۲- روی الصدوق باسناده عن أبی جعفر علیه السَّلام فی حدیث أنّ علیّاً علیه السَّلام قال: «لا أقبل شهادهٔ الفاسق إلّا علی نفسه». «۲»

۳- روی الکلینی عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال، قال أمیر المؤمنین علیه السَّلام: «لا بأس بشهادهٔ مملوک إذا کان عدلًا». «۳» إلی غیر ذلک ممّا مرّ فی الترجیح بین البیّنتین. «۴»

و ما ربّما یستفاد من بعض الروایات کفایهٔ عدم معروفیهٔ الفسق «۵» فمطروح إنّما المهمّ هو تحدید معنی العدالهٔ علی وجه یناسب المقام.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۵ و ۱۲.

(۵) لاحظ: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، صحیح حریز، برقم ۱۸، و الباب ۵۴ روایهٔ العلاء بن سیابهٔ برقم ۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۲۵

بحث فی العدالهٔ

البحث عن العدالهٔ له، أطراف ثلاثهٔ:

اشارهٔ

۱- بیان ما هو العدالهٔ لغهً و اصطلاحاً؟

۲- ما هو الطریق إلی إثباتها؟

۳- ما هو المراد من الکبائر و الصغائر التی بها تزول العدالهٔ؟

و التفصیل فی المحاور الثلاثهٔ موکول إلی کتاب الصلاهٔ فی مسألهٔ شرطیهٔ العدالهٔ فی إمام الجماعهٔ و المقصود فی المقام الإشارهٔ العابرهٔ إلی هذه الجهات.

الجههٔ الأُولی: فی بیان مفهومها

العدالهٔ فی اللغهٔ بمعنی القصد و الاقتصاد، خلاف التطرّف و الجور، قال فی اللسان: العدل ما قام فی النفوس أنّه مستقیم و هو ضدّ الجور، و العدل هو الذی لا یمیل به الهوی فیجور فی الحکم. و قال الطریحی: العدل: التسویهٔ بین الشیئین لقوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: من اعتدل یوماه فهو مغبون.

و المراد منها عند الفقهاء مفهوم خاص، نقل إلیه فی لسان الشرع أو استعمل فیه مجازاً فصار حقیقهٔ متشرّعیّهٔ، و فی الوقت نفسه لا یفقد المناسبهٔ للمعنی اللغوی.

و قد عرّفت بتعاریف نذکر بعضها:

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۲۶

۱ العدالـهٔ: هی الملکهٔ الرادعهٔ عن معصـیهٔ اللّه. أو أنّها کیفیهٔ نفسانیهٔ باعثهٔ علی ملازمهٔ التقوی أو علیها مع المروءهٔ و هی الاجتناب عن فعل ما ینبئ عن دناءهٔ الطبع، و سفاههٔ الرأی.

۲- العدالهٔ: الاستقامهٔ الفعلیهٔ عن ملکهٔ رادعهٔ.

و الفرق بین التعریفین واضـح، فإنّ العدالهٔ علی التعریف الأوّل صـفهٔ نفسانیهٔ قائمهٔ بالنفس، و علی التعریف الثانی الملکهٔ رصـید لها، و لیست نفسـها بل واقع العدالهٔ کون الإنسان فی حیاته الفردیهٔ و الاجتماعیهٔ مستقیماً علی الجادّهٔ الوسطی، غیر مائل إلی الیمین و الشمال و إن کانت اسـتقامته تعتمـد علی الملکـهٔ علی نحو یکون القیـد خارجاً و التقیّـد داخلًا و سـیوافیک فی آخر البحث أنّه أقرب من سائر التعاریف.

۳- عبارهٔ عن مجرّد ترک المعاصـی أو خصوص الکبائر، أو عـدم الإخلال بالواجب و عدم رکوب القبائح. و هذا التعریف یعتمد علی نفس القیام بالوظائف.

الظاهر من الروایات أنّها من الصـفات النفسانیـهٔ أو نابعهٔ عنها کما علی التعریف الثانی و لیست مجرّد تطبیق العمل علی الشـریعهٔ و یدلّ علیه لفیف من الروایات.

منهـا: مـا فی صـحیح ابن أبی یعفور: «أن تعرفوه بالستر و العفاف، و کفّ البطن و الفرج و الیـد و اللسان و یُعرف باجتناب الکبائر التی أوعد اللّه علیها النار من شرب الخمر، و الزنا، و الربا، و عقوق الوالدین و الفرار من الزحف و غیر ذلک». «۱» و الدلالهٔ بوجهین:

۱- إنّ الستر و العفاف من الصفات النفسانیهٔ، و قد أخذا فی مفهومها.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۲۷

۲ إن ترک جمیع ما جاء فی الصحیح لا یحصل بدون الملکهٔ الرادعهٔ إذ لولاها لما استقام أمره فی طول الحیاهٔ.

و منها: ما رواه عبد اللّه بن المغیرهٔ و فیه: کلّ من ولد علی الفطرهٔ (الإسلام) و عرف بالصلاح فی نفسه جازت شهادته. «۱»

و منها: ما رواه أبو بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام: لا بأس بشهادهٔ الضیف إذا کان عفیفاً صائناً. ۲

و منها: ما رواه عبد اللّه بن أبی یعفور عن أخیه عبد الکریم بن أبی یعفور عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: «تقبل شـهادهٔ المرأهٔ و النسوهٔ إذا کنّ مستورات من أهل البیوتات، معروفات بالستر و العفاف، مطیعات للأزواج، تارکات للبذاء و التبرّج إلی الرجال فی أندیتهم». ۳

و الإمعـان فی هـذه الروایـات یوجب الإذعـان بأنّهـا لیس مجرّد القیـام بالوظائف الشـرعیّهٔ، بل عبارهٔ عن کون الإنسان بالغاً فی الکمال الـدینی مرتبـهٔ یسـهل معها، الإتیان بالواجبات و ترک المحرّمات، غیر أنّ لها مراتب کسائر الصـفات النفسانیـهٔ، فالعدالـهٔ المتواجدهٔ فی المحقق الأردبیلی غیر المتواجدهٔ فی السوقی العامی.

الجهۀ الثانیۀ: ما هو الطریق إلی التعرّف علیها؟

إذا کـانت العدالـهٔ هی الحالـهٔ الخاصّ‌یهٔ النفسانیـهٔ الّتی لا ینحرف معها صاحبها و یکون مسـتقیماً، معتـدلًا فی أُموره، فما هو الطریق إلی التعرّف علیها؟

أقول: إنّها کالبخل و الجود و الحسد، و العلم، و الجهل تُعرف بآثارها و قد اشـتملت الصـحیحهٔ الأُولی علی ما یسـتدلّ به علی وجودها فی الإنسان حیث قال:

(۱) ۱- ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۵، ۱۰.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۲۸

«و الدلالة على ذلك كلّه أن يكون ساتراً لجميع عيوبه إلى أن قال و يكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب عليهنّ، و حفظ مواقيتهنّ بحضور جماعة من المسلمين، و أن لا يتخلّف عن جماعتهم فی مصلّاهم إلّا عن علّة فإذا كان كذلك، لازماً لمصلّاه عند حضور الصلوات الخمس، فإذا سئل عنه فی قبيلته و محلّته قالوا ما رأينا منه إلّا خيراً، مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها فی مصلّاه فإنّ ذلك يجيز شهادته و عدالته بين المسلمين». «۱»

و يظهر من ذيل الحديث أنّ التركيز على الحضور فی صلاة الجماعة، لأجل أنّه يعرف به المصلی عن المضيّع لها حيث قال: «إنّما جعل الجماعة و الاجتماع إلى الصلاة لكی يعرف من يصلّی، ممن لا يصلّی و من يحفظ مواقيت الصلاة ممن يضيّع و لو لا ذلك لم يمكن أحد أن يشهد على آخر بالصلاح» و إلّا فلو علمت حاله من طريق آخر فلا إشكال.

و بذلك يعلم أنّ حسن الظاهر طريق إلى الملكة و الحالة النفسانية و ليس نفس العدالة.

قال السيّد الطباطبائی فی العروة الوثقى: العدالة عبارة عن ملكة إتيان الواجبات و ترك المحرّمات و تعرف بحسن الظاهر الكاشف عنها علماً أو ظناً.

و الأولى أن يعرف بالاستقامة فی جادّة الشرع و عدم الانحراف عنها يميناً و شمالًا و هو أقرب بالمعنى اللغوی كما عرفت من اللسان، و الملكة النفسانية هی السبب لحصول الاستقامة فلا غنى عن وجودها.

الجهة الثالثة: ما هو المراد من الكبائر و الإصرار على الصغائر؟

اشارة

قال المحقّق: و لا ريب فی زوالها بمواقعة الكبائر كالقتل و الزنا و اللواط و

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۲۹

غصب الأموال المعصومة و كذا بمواقعة الصغائر مع الإصرار.

تحقيق المقام يستلزم البحث فی موردين:

الأوّل: ما هو المراد من الكبائر و الصغائر؟

الثانی: ما هو المراد من الإصرار على الصغائر؟ و يليه البحث عن ترك المندوبات أساساً و المروّة المعتبرة فيها.

و إليك الكلام فيهما واحداً تلو الآخر على وجه موجز.

الأوّل: فی تقسيم المعاصی إلى الكبائر و الصغائر و تفسيرهما

اشارة

لا ريب فی انقسام المعاصی إلى الكبائر و الصغائر و قد ورد النصّ به فی الذكر الحكيم فی غير واحد من الآيات:

۱- قال سبحانه: (إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيماً) (النساء/ ۳۱) و المراد من السيئة فى الآية هو المعصية الصغيرة بقرينة التقابل نعم اللفظة ليست بمعنى خصوص الصغيرة بل اريدت منها بقرينة التقابل و إلّا فلها استعمالات مختلفة لكن بجامع واحد:

أ: المصيبة و ما تستكره النفس نحو قوله سبحانه: (وَ مَا أَصَابَكَ مِنْ سَيِّئَةٍ فَمِنْ نَفْسِكَ) (النساء/ ۷۹). بقرينة ما قبله أعنى قوله: (مَا أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ اللّهِ).

ب: نتائج المعاصى و آثارها نحو قوله سبحانه: (فَأَصَابَهُمْ سَيِّئَاتُ مَا عَمِلُوا) (النحل/ ۳۴).

ج: مطلق المعصية نحو قوله: (وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا) (الشورى/ ۴۰).

و ليست الآية بصدد الإغراء إلى ركوب الصغائر بزعم أنّها لا يعتدُّ بها و

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۰

يتهاون فى أمرها، و ذلك لأنّ ركوب أيّةِ معصية بتلك النيّة طغيان على اللّه و استهانة بأمره، بل الآية تعرب عن لطفه و امتنانه على عباده، بأنّ اجتناب بعض المعاصى يُكفّر عن البعض الآخر، حتّى يهتمّوا باجتنابه، ليغفر البعض الآخر، على فرض ارتكابه، و أين هذا من فسح المجال لارتكاب الصغائر و لو تمّ التوهم، لتمّ فى التوبة أيضاً قال سبحانه: (قُلْ يَا عِبَادِىَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ اللّهِ إِنَّ اللّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ) (الزمر/ ۵۳).

و الآية تدل بوضوح على أنّ المخاطبين إمّا كانوا عالمين قبل نزولها و مميّزين كبار المعاصى عن صغائرها أو أنّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم عرّفها لهم بعد نزولها لغاية السعى فى ترك الكبائر المكفِّرة عن الصغائر.

و بذلك يعلم أيضاً بطلان ما نقل عن المعتزلة من أنّ فى تعريف الصغائر إغراءً بالمعصية، لأنّه إذا علم المكلّف بأنّه لا ضرر فى فعلها، ودعته الشهوة إليها، فعلها. «۱» و ذلك لأنّ مفاد الآية بصيصُ رجاء لمن لا يرتدع عن المعاصى لغاية إيقافه عن ارتكاب الكبائر ليغفر صغائره و ليست الآية بصدد الدعوة إلى ارتكاب صغائر الذنوب كما أنّ التوبة و الشفاعة ليستا داعيتين إلى اقتراف المعاصى.

۲- قال سبحانه: (وَ وُضِعَ الْكِتَابُ فَتَرَى الْمُجْرِمِينَ مُشْفِقِينَ مِمَّا فِيهِ وَ يَقُولُونَ يَا وَيْلَتَنَا مَا لِهَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَ لَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا) (الكهف/ ۴۹) و الإشفاق و الخوف ممّا فى الكتاب، دليل على أنّ المراد مما فيه، هو صغائر الذنوب و كبائرها.

۳- قال سبحانه: (وَ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشَ وَ إِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ) (الشورى/ ۳۷) و الفواحش هى أقبح القبيح، فيكون مساوياً «لكبائر الإثم» و على ذلك تكون الفاحشة على قسم واحد، و أمّا الإثم فهو ينقسم

---

(۱) الطبرسى، مجمع البيان: ۲/ ۳۸ فى تفسير الآية.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۱

إلى كبير و صغير. و كبائر الإثم: المعاصى الكبيرة التى لها آثار سوء عظيمة و قد عدّ تعالى منها شرب الخمر و الميسر، قال تعالى: (قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ) (البقرة/ ۲۱۹) كما عدّ الزنا و اللواط من الفواحش قال تعالى: (وَ لَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً) (الاسراء/ ۳۲) و قال حاكياً عن لوط: (أَ تَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَ أَنْتُمْ تُبْصِرُونَ) (النمل/ ۵۴). «۱»

۴- قال تبارك و تعالى: (الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ إِنَّ رَبَّكَ وَاسِعُ الْمَغْفِرَةِ) (النجم/ ۳۲) و ربّما يفرق بين الكبيرة و الفاحشة التى هى بمعنى أقبح الذنوب و أفحشها، بأنّ كلّ ذنب ختم بالنار فهو كبيرة، و الفاحشة كلّ ذنب فيه حدّ. و أمّا اللّمم ففيه أقوال:

۱- صغار الذنوب كالنظر و القبلة و ما كان دون الزنا.

۲- ما كان فى الجاهلية من الإثم فهو معفو عنه.

۳- أن يـذنب مرّة ثمّ يتوب و لا ـ يعود، فكـلّ معصـية إذا ألمّ بهـا الإنسـان و لم يعـد فهو اللّمم «۲» و الأوّلان بعيدان لاسـتلزامهما كون الاسـتثناء منقطعاً و الثـالث محتمـل و هنـاک احتمـال رابع و هو المعصـية حيناً بعـد حين من غير عادة أى المعصـية على سبيل الاتّفاق فيكون أعمّ من الكبيرة و الصغيرة و ينطبق مضمون الآية على معنى قوله تعالى فى وصف المتقين: (وَ الَّذِينَ إِذا فَعَلُوا فاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَـهُمْ ذَكَرُوا اللّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَ مَنْ يَغْفِرُ الـذُّنُوبَ إِلَّا اللّهُ وَ لَمْ يُصِـرُّوا عَلى ما فَعَلُوا وَ هُمْ يَعْلَمُونَ) (آل عمران/ ۱۳۵) و قوله: (إِنَّ الَّذِينَ اتَّقَوْا إِذا مَسَّهُمْ طائِفٌ مِنَ الشَّيْطانِ تَذَكَّرُوا فَإِذا هُمْ مُبْصِرُونَ) (الاعراف/ ۲۰۱).

ثمّ إنّ العلماء اختلفوا فى تفسير الكبائر إلى أقوال ذكرها الغزالى فى الإحياء «۳»

---

(۱) الطبرسى، مجمع البيان: ۵/ ۳۳، الطباطبائى، الميزان: ۱۸/ ۶۴.

(۲) الطبرسى، مجمع البيان: ۵/ ۳۱۷، الطباطبائى، الميزان: ۱۹/ ۴۵.

(۳) الغزالى، إحياء العلوم: ۴۰، كتاب التوبة: ۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۲

و الطبرسى فى المجمع «۱» و الرازى فى مفاتيح الغيب «۲» و إليک الإشارة إلى قسم من الأقوال:

آراء العلماء فى تفسير الكبيرة و الصغيرة

اختلفت آراءهم فى تفسير الكبيرة، كالتالى:

۱- كلّ ما أوعد اللّه عليه فى الآخرة عقاباً و أوجب عليه فى الدنيا حدّاً فهو كبيرة و هو المروى عن سعيد بن جبير، و مجاهد.

يلاحظ عليه: أنّ الإصـرار على الصـغيرة كبيرة بالاتّفاق لقوله صـلّى الله عليه و آله و سلّم: لا كبيرة مع الاستغفار و لا صغيرة مع الإصرار رواه الفريقان «۳» مع أنّه سبحانه لم يوعد عليه عقاباً و لا أوجب عليه حدّاً فى الدنيا.

۲- إنّ الكبيرة كلّ ما أوعد اللّه عليه بالنار فى الكتاب و السنّة.

يلاحظ عليه: بمثل ما لو لوحظ على الأوّل فإنّ الإصرار على الصغيرة معصية كبيرة و لم يوعد عليه بالنار فيهما.

۳- إنّ الكبيرة كـلّ مـا يُشْـعِرُ بالاسـتهانة بالـدين و عـدم الاـكتراث به. و يقرب منه مـا يقـال: إنّ الكبر و الصـغر اعتباران يعرضان لكلّ معصـية، فالمعصـية الـتى يقترفهـا الإنسـان اسـتهانة بـأمر الربوبيـة أو اسـتهزاءً، أو لعـدم المبالاـة كبيرة و هى بعينهـا لو افترضت من جهة استشاطة غضب أو غلبة جبن أو ثورة شهوة كانت صغيرة مغفورة بشرط اجتناب الكبائر.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج۲، ص: ۲۳۲

يلاحـظ عليه: أنّ هناک معاصـى كبيرة و إن لم يقترفها الإنسان بأحـد هـذه العناوين كأكل مال اليتيم و الزنا مع الإحصان و قتل النفس المحترمة.

---

(۱) الطبرسى، مجمع البيان: ۲/ ۳۸.

(۲) الرازى، مفاتيح الغيب: ۱۰/ ۷۸۷۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۳

۴ كلّ ما نهى اللّه عنه فهو كبيرة نسبه الطبرسى إلى ابن عباس و قال: و إلى هذا ذهب أصحابنا فانّهم قالوا: المعاصى كلّها كبيرة من حيث كانت قبائح لكن بعضها أكبر من بعض و ليس فى الذنوب صغير و إنّما يكون صغيراً بالإضافة إلى ما هو أكبر منه و يستحق العقاب عليه أكثر و هذا كالزنا بلا إحصان، فإنّه أصغر بالنسبة إلى الزنا معه.

يلاحظ عليه: بأنّه على خلاف ظاهر الآية الأُولى لأنّ ظاهرها أنّ السيئات بالذات على قسمين، قسم يُكفِّر اجتنابها، و قسم يُكفَّر لو أتى بها، فلو كان الجميع كبائر، لم يكن وجه لتكفير بعض، البعضَ الآخر و إن شئت قلت: إنّ ظاهر الآية أنّ التقسيم وصف للمعاصى بحسب ذاتها، لا بحسب قياسها إلى معاص أُخر.

۵- إنّ الكبائر ما اشتملت عليه آيات سورة النساء من أوّل السورة إلى تمام ثلاثين آية و معنى الآية إن تجتنبوا كبائر ما نهيتم عنه فى هذه السورة من المناكح و أكل الأموال و قطيعة الرحم بالباطل و غيره من المحرّمات من أوّل السورة إلى هذا الموضع.

يلاحظ عليه: أنّه مناف لإطلاق الآية.

۶- إنّ الصغيرة ما نقص عقابه عن ثواب صاحبه فلو غلب ثوابه على العقاب الناشى من اقتراف المعصية، تكون صغيرة و إلّا فهى كبيرة.

يلاحظ عليه: أنّ المتبادر من ظاهر الآية أنّ انقسام المعاصى إلى القسمين، تقسيم ذاتى لها لا تقسيم قياسىّ، و على ضوء ذلك تبطل تلك النظرية و ما تقدم برقم ۳ و ۴، فإنّ وصف المعاصى بالكبر و الصغر باعتبار القصد، أو بنسبة بعضها إلى البعض الآخر، ينافى كون القسيم ذاتياً لا قياسياً و على ضوء هذا لا محيص عن تفسير الكبيرة و الصغيرة على وجه يتحفظ معه ظاهرها.

و يمكن أن يقال: إنّ الطريق إلى معرفة الكبيرة و الصغيرة، متعددة فكما

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۴

يعرف من إيعاد النار عليه فى الكتاب و السنّة يعرف من تشديد النهى، أو ورود النهى بعد النهى عليه عن وجه يعرب عن عناية الشارع بتركها و إن كانت العناية بوجه متعلقة بترك الجميع.

و لا ينافى ما ذكرنا ما جاء فى غير واحد عنهم عليهم السَّلام من أنّ الكبائر عبارة عمّا أوجب اللّه عليها النار «۱» أو ما أوعد اللّه عليه النار ۲ إذ لا يظهر من الروايات أنّها بصدد الحصر.

و قد عقد الحرّ العاملى باباً أسماه باب تعيين الكبائر، جاء فيه بيان الكبائر من المعاصى ۳ فعليك بالمراجعة إليه للتعرف عليها و قد اختلفت الروايات فى تعيينها، و يحصل رفع الاختلاف بالقول باشتراك الجميع فى كونها كبيرة و لكن لها درجات متفاوتة.

الثانى: ما هو المراد من الإصرار؟

اتّفقت كلمتهم على أنّ الإصرار على الصغائر يزيل العدالة و إنّما الاختلاف فى مفهوم الإصرار فقيل فيه وجوه:

۱- الإكثار منها بلا توبة.

۲- الإكثار منها بلا توبة أو بالعزم على فعلها بعد الفراغ منها.

۳- أو فعل الصغائر فى الأغلب و إن أظهر الاستغفار عنها كلّما فعلها، فإنّه بحكم الإصرار المستمر لأنّ التوالى و إن كان بعد كلّ فعل استغفار يدل على قلّة المبالاة و عدم الإخلاص فى التوبة.

و الأخير هو ما ذكره المحقّق و إليك ما يمكن الاستدلال عليه:

قد وصف سبحانه المتقين بعدم الإصرار على المعاصى و قال:

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱، ۲، ۴، ۱۵.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۳۵

(أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِینَ* الَّذِینَ یُنْفِقُونَ فِی السَّرّاءِ وَ الضَّرّاءِ وَ الْکاظِمِینَ الْغَیْظَ وَ الْعافِینَ عَنِ النّاسِ وَ اللّهُ یُحِبُّ الْمُحْسِنِینَ* وَ الَّذِینَ إِذا فَعَلُوا فاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَکَرُوا اللّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَ مَنْ یَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا اللّهُ وَ لَمْ یُصِرُّوا عَلی ما فَعَلُوا وَ هُمْ یَعْلَمُونَ) (آل عمران/ ۱۳۵۱۳۳) و الموصول فی قوله: (ما فَعَلُوا) یعمّ الصغیرة و الکبیرة، و الصغیرة و إن لم تکن من أفراد الفاحشة لکنّها من أفراد الظلم علی النفس الوارد فی نفس الآیة، فتدلّ علی أنّ الإصرار یخالف التقوی و بالتالی یخالف العدالة.

۱- روی الصدوق بسند صحیح عن ابن أبی عمیر قال سمعت موسی بن جعفر علیهما السَّلام أنّ النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: «لا کبیر مع الاستغفار، و لا صغیر مع الإصرار». «۱»

۲- روی الصدوق باسناده عن الأعمش عن جعفر بن محمّد فی حدیث شرائع الدین: «و الکبائر محرّمة و هی الشرک باللّه ... و الإصرار علی صغائر الذنوب». «۲»

۳- روی الکلینی بسند صحیح عن أبی بصیر قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السَّلام یقول: «لا و اللّه لا یقبل اللّه شیئاً من طاعته علی الإصرار علی شیء من معاصیه». «۳»

۴- فی موثقة السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: قال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «من علامات الشقاء جمود العین ... و الإصرار علی الذنب». ۴

و إطلاق الروایتین، شامل للإصرار علی الصغیرة، و وجه التقیید واضح لأنّه یورث فی النفس هیئة لا ینفع معها ذکر مقام الربّ تعالی. و هی الاستهانة بأمر اللّه و عدم المبالاة، بهتک حرماته و الاستکبار علیه و لا تبقی معه عبودیة و لا ینفع معه ذکر. ۵

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۷ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۱۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۳۶.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۱، ۲ و لاحظ الحدیث ۳.

(۴) ۵ العلّامة الطباطبائی المیزان: ۴/ ۱۹، ط طهران.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۳۶

و أمّا الإصرار فقد فسّره الجزری فی النهایة بقوله:

«أصرّ علی الشیء إصراراً: إذا لزمه، و داومه و ثبت علیه. و أکثر ما یستعمل فی الشرّ و الذنوب». «۱»

و هناک صور لارتکاب الصغیرة بعضها داخل فی الإصرار قطعاً، و البعض الآخر مشکوک الدخول و إلیک بیانها:

۱- إذا ثبت علی المعصیة الصغیرة بالتکرار و الدوام مع عدم تخلل التوبة بینها.

۲- إذا ثبت علیها بالتکرار و الدوام مع تخلل التوبة بینها.

۳- إذا ارتکبها مرّة واحدة و کان عازماً علی فعلها فی المستقبل.

۴- إذا ارتکبها مرّة واحدة و لم یُحدِّث نفسه بالتوبة.

۵- إذا ارتکبها مرّة واحدة مع العزم علی التوبة و إن لم یَتب.

لا شکّ فی کون الأُولی من مصادیق الإصرار موضوعاً، کما أنّ الثانیة و الثالثة ملحقتان بها حکماً لا موضوعاً لدلالتهما علی قلّة المبالاة و عدم الإخلاص فی التوبة.

و أمّا الرابعة، فالظاهر خروجه عن الإصرار موضوعاً و حکماً، لکونه مکفَّراً باجتناب الکبائر. و یظهر من روایة جابر دخوله فی الإصرار حیث روی عن أبی جعفر: «أنّ الإصرار أن یذنب الذنب فلا یستغفر اللّه تعالی و لا تحدث نفسه بتوبة فذلک الإصرار». «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الروایة مع ضعفها سنداً لوقوع عمرو بن شمر فی سندها، أنّه لا یصدق علی المفروض فیه، الإصرار لغة أوّلًا، و هو مکفَّر بالاجتناب عن

---

(۱) النهایة: ۳، مادة «صرر».

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۳۷

الکبائر، ثانیاً، و أولی من هذه الصورة، الصورة الخامسة.

بقی هنا أُمور:

۱- یظهر من المحقّق، أنّ مواقعة الصغائر فی الأغلب لیس إصراراً و لکنّه ملحق به حکماً قال: «و کذا بمواقعة الصغائر مع الإصرار أو فی الأغلب».

۲- نقل المحقّق فی صورة الندرة قولین و قال: قیل لا یقدح لعدم الانفکاک منها إلّا فیما یقل فاشتراطه التزام للأشقّ، و قیل یقدح لإمکان التدارک بالاستغفار و الأوّل أشبه.

و القول الأوّل لابن إدریس و ردّ تارة بأنّه لا یمکن التوبة فی أغلب الأحوال لأنّ من شرائط التوبة العزم علی ترک المعاودة، و لا شکّ أنّ الصغائر لا ینفک منها الإنسان فلا یصحّ منه العزم غالباً، و أُخری بأن العلم بتوبة المرتکب یحتاج إلی زمان طویل.

و الأوّل کما تری، إذ کیف لا یمکن التوبة فی أغلب الأحوال، ثمّ إنّه لا حاجة إلی التعرّف من المرتکب علی العزم علی الترک أبداً لأنّه مکفَّر بالاجتناب کما لا یخفی.

۳- هل یقدح ترک المندوبات علی نحو الإعراض عن الجمیع، فی العدالة أو لا؟ ذهب لفیف من الفقهاء کالمحقّق و العلّامة إلی أنّه غیر مضرّ ما لم یبلغ حداً یؤذن بالتهاون بالسنن و أضاف فی المسالک: و لو اعتاد ترک صنف منها کالجماعة و النوافل و نحو ذلک فکترک الجمیع لاشتراکهما فی العلّة المقتضیة لذلک نعم لو ترکها أحیاناً لم یضرّ. «۱»

أقول: لا بدّ من تفسیر التهاون فإن أُرید منه التثاقل و التکاسل، فلیس بحرام و إن أُرید منه الاستخفاف بالدین و الاعتراض علیه، فهو موجب للخروج

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۴۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۳۸

عن الدین.

۴- یظهر من غیر واحد من الأصحاب أنّ ترک المروءة قادح فی العدالة قال الشیخ: العدالة فی اللغة أن یکون الإنسان متعادل الأحوال، متساویاً و أمّا فی الشریعة فهو من کان عدلًا فی دینه عدلًا فی مروءته، و عدلًا فی أحکامه، أمّا العدل فی الدین أن یکون مسلماً لا یُعرف منه شیء من أسباب الفسق، و فی المروءة أن یکون مجتنباً للأُمور التی تسقط المروءة مثل الأکل فی الطرقات و مدّ الرجل بین الناس و لبس الثیاب المصبغة و ثیاب النساء، و العدل فی الأحکام أن یکون بالغاً عاقلًا عندنا، و عندهم أن یکون حرّاً فأمّا الصبی فأحکامهم ناقصة فلیسوا بعدول». «۱»

و علّله فی المسالک بأنّ عدم رعایتها إمّا یکون لخبل و نقصان فی العقل أو قلّة مبالاة و حیاء، و علی التقدیرین یبطل الثقة و الاعتماد علی قوله أمّا الأوّل فظاهر، و أمّا قلیل الحیاء، فمن لا حیاء له یصنع ما شاء کما ورد فی الخبر ثمّ إنّه قدس سره طرح للمروءة أمثلة کثیرة فراجعها. «۲»

لا يهمّنا تفسير المروءة لغة و أنّه هل هى بمعنى الإنسانية أو الرجولية، أو الكمال فيهما؟ بل المهم بيان ما أَريد منها فى المقام، فالظاهر من كلامهم هو رعاية العادات الرائجة بين الناس و هى تختلف حسب اختلاف الأزمان و الأجيال إذ ربّ عمل كان يعاب به فى زمان، و لا يعاب به الآن كالمشى فى الأسواق و المجامع مكشوف الرأس، و قد صار اليوم أمراً عادياً جميلًا.

و على كلّ تقدير فلو كانت مخالفة العادات حاكية عن خبل و نقص فى العقل أو قلّة مبالاة بالسنن و القوانين، و إلّا فلا تكون قادحة.

۵- إنّ العادات العرفية، التى يعبّر عنها بالحسن و القبح العرفيين، تتغير

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۲۱۷.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۴۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۳۹

بتغير الأجيال و الأزمان، فكم من قبيح عرفى صار اليوم جميلًا؟ و كم من جميل صار اليوم قبيحاً؟ فالأولى التركيز على أنّ ترك العادات بما هى هى قادح للعدالة أو لا، لا على الأمثلة.

۶- إنّ العدالة على القول بأنّها ملكة، ليست ملكة بسيطة غير قابلة للتقسيم و التجزئة بل هنا ملكات فربّ إنسان ذو ملكة راسخة بالنسبة إلى معصية كالقتل و السرقة و ليس كذلك بالنسبة إلى الكذب و الغيبة نعم العدالة المعتبرة فى الشاهد، تجب أن تكون معتمدة على الملكة التامة الرادعة من عامّة المعاصى.

مسائل

المسألة الأُولى: فى شهادة المخالف فى الأُصول و الفروع

هل الفسق من حيث العقيدة يوجب ردَّ الشهادة و عدم قبولها، أو يختصّ الردُّ بالفسق من حيث العمل، كالسرقة و شرب الخمر؟ فيه خلاف بين الفقهاء.

قال الشيخ: كلّ من خالف الحقّ قد بيّنا أنّه لا تقبل شهادته سواء كان ممن يُكفَّر أو يفسَّق. «۱»

ثمّ إنّه قد بيّن آراء الفقهاء فى كتاب الخلاف و إليك نصّه:

لا يجوز قبول شهادة من لا يعتقد إمامة الأئمّة الاثنى عشر و لا منهم إلّا من كان عدلًا يعتقد العدلَ و التوحيد و نفى القبيح عن اللّه تعالى و نفى التشبيه، و من خالف فى شىء من ذلك كان فاسقاً لا تقبل شهادته.

و قال الشافعى: أهل الآراء على ثلاثة أضرب: منهم من نخطّئه و لا نفسّقه كالمخالف فى الفروع فلا تردّ شهادته إذا كان عدلًا، و منهم من نفسّقه و لا نكفِّره كالخوارج و الروافض، نفسّقهم و لا نكفِّرهم، و منهم من نكفِّره و هم القدرية

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۲۲۰ و تبعه ابن إدريس فى السرائر، لاحظ: ۲/ ۱۱۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۴۰

الذين قالوا بخلق القرآن و نفى الرؤية و إضافة المشيئة إلى نفسه، و قالوا: إنّا نفعل الخير و الشرّ معاً، فهؤلاء كفّار، و لا تقبل شهادتهم، و حكمهم حكم الكفّار، و به قال مالك و شريك و أحمد بن حنبل.

و قال ابن أبى ليلى و أبو حنيفة: لا أردّ شهادة أحد من هؤلاء، و الفسق الذى تردّ به الشهادة ما لم يكن على وجه التديّن كالفسق بالزنا و السرقة: و شرب الخمر، فأمّا من تديّن به و اعتقده مذهباً، و ديناً يدين اللّه به، لم أردَّ شهادته، كأهل الذمّة عنده، فسقوا على سبيل التديّن، و كذلك أهل البغى فسقوا عنده فوجب أن لا ترد شهادتهم.

دلیلنا: إجماع الفرقـة و أخبارهم و لأنّه قـد دلّت الأدلّة القاطعة علی صـحّة هذه الأصول التی أشـرنا إلیها و لیس هاهنا موضع ذکرها، و المخالف فیها کافر و الکافر لا تقبل شهادته. «۱»

قال المحقّق: کلّ مخالف فی شـیء من أُصول العقائـد تردّ شـهادته سواء استند فی ذلک إلی التقلید أو إلی الاجتهاد، و لا تردّ شـهادة المخالف فی الفروع من معتقدی الحقّ إذا لم یخالف الإجماع و لا یُفسَّق و إن کان مخطئاً فی اجتهاده.

و لعلّ ما ذکره المحقّق هو الرأی السائد بین الإمامیّة.

أقول: إنّ المخالفة فی الأُصول تارة تستلزم الکفر، کما إذا أنکر ضروریاً من ضروریات الدین خصوصاً إذا کان ملتفتاً إلی أنّه ضروریّ من ضـروریاته، و مثله الغلاة و الخوارج و النواصب، فلا شکّ فی عدم قبول شهادتهم لفقد الإسلام الذی تعرفت علی شرطیته و فهمت شرطیته فی کلمات الأصـحاب من شـرطیة الإیمان بالمعنی الأخصّ، و أُخری لا یکون کـذلک کالمجسِّمة و المجبّرة و القائلین بوحدة الوجود بالمعنی الفاسد فوجه عدم القبول لأجل تقصیرهم فی طلب الحقّ مع

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۵۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۱

انفتـاح باب العلم فیه. إنّما الکلام فی سائر الأُصول الکلامیـة التی ابتکرها الشـیخ المفیـد و تلامیـذه و صار مـذهباً للشـیعة الإمامیـة عبر القرون و تعد الیوم من الضروریات، کعصمة الأنبیاء من الصغائر و الکبائر قبل البعثة و بعدها و عدم سهو النبیّ و ما أشبههما فالظاهر أنّ المخالفة فیها إذا کان عن اجتهاد و تقلید غیر قادحة لأنّ أصل العصـمة علی وجه الإجمال و إن کان من ضروریات الدین، لکن سعتها لما قبل البعثة من الصغائر لیست کذلک فالقائل بعدمها مخطیء، لکن لیس بفاسق حتّی لا تقبل شهادته.

و بالجملـة القـادح فی قبول الشـهادة فی مورد الأُصول، هو المخالفـة مع ضـروریات الـدین أو المـذهب الإمامی، بحیث تعـدّ المخالفة تقاعساً فی طلب الحقّ، و تقصیراً فی الاجتهاد، و أمّا غیرهما، فالمخالف مخطئ لا فاسق.

و أمّا الفروع فقد استثنی المحقّق مخالف الإجماع و کان علیه أن یقسم الفروع إلی أقسام أربعة:

۱- ما هو من ضـروریات الـدین، کوجوب الصـلاة و الزکاة و الحجّ. ۲ ما هو من ضـروریات المـذهب کحلّیة المتعة، و بطلان العول و التعصـیب، و جواز الوصـیة للوارث، و مسـح الرجلین و غیرهما. ۳ مـا هو من ضـروریات الفقه، کحرمـة وطء الحائض. ۴ مسائل فقهیة اضطربت الآراء فیها، و ربّما یکون أحد الآراء مشهوراً.

و الـذی لا یقدح فی العدالة هو القسم الأخیر، فمن أفتی بشـیء یخالف الحکم المشـهور مخطئ و لیس بفاسق، و الإجماع الذی ذکره المحقّق یرجع إلی أحد الأُمور الثلاثة.

المسألة الثانیة: فی شهادة القاذف

لا شکّ فی انّه لا تقبل شهادة القاذف إذا لم یلاعن، أو لم یُقم البیّنة أو لم یقرّ

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۲

المقذوف، و یدل علیه نصّ الکتاب و السـنّة المسـتفیضة قال سـبحانه: (وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِینَ جَلْدَةً وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَـهادَةً أَبَداً وَ أُولئِکَ هُمُ الْفاسِـقُونَ* إِلَّا الَّذِینَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِکَ وَ أَصْـلَحُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ) (النور/ ۵۴) و المراد من المحصنات: العفائف من النساء.

فقد حکم سبحانه فی الآیة علی القاذف بأحکام ثلاثة: ۱- (فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِینَ جَلْدَةً)، ۲- (لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً)، ۳- (وَ أُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُونَ).

ثمّ إنّه سبحانه استثنى فى الآية الثانية التائبين منهم. فوقع الخلاف فى أنّ الاستثناء يرجع إلى الجملة الأخيرة (أُولٰئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ) أو إلى الجميع، و عليه فلو تاب فلا يُجلد، و تقبل شهادته أيضاً و بالنظر إلى مفاد الآية و الروايات الواردة، وقع النزاع فى مواضع أربعة:

الأوّل: هل الموضوع لعدم قبول الشهادة هو مجرّد الرمى أو هو مع إجراء الحدّ؟

الثانى: إذا تاب، هل تقبل شهادته أولا، و إن صار عادلًا؟

الثالث: ما هى كيفية توبته فهل يكفى الاستغفار من الذنب أو يجب عليه إكذاب نفسه عند الإمام أو عند المسلمين؟

الرابع: ما هو المراد من قوله سبحانه: (وَ أَصْلَحُوا) بعد قوله (إِلَّا الَّذِينَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذٰلِكَ) فهل الإصلاح نفس التوبة أو شىء آخر؟

فلنأخذ كلّ واحد بالبحث:

أمّا الأوّل: فقال أبو حنيفة: لا تردّ بمجرّد القذف حتّى يُجْلَد فإذا جُلِدَ ردّت شهادته بالجلد لا بالقذف و قال الشافعى: تردّ شهادته بمجرّد القذف. «۱» أقول: الظاهر من الآية هو انّ الرمى تمام الموضوع لردّ الشهادة، و لا يتوقف على إجراء

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۱۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۴۳

الحدّ حتّى يكون الموضوع هو المحدود بشهادة عطف الجملة الثانية على الأولى بالواو و قال: (فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَةً وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً) فلو كان الجلد، شرطاً لعدم القبول كان اللازم أن يقول: فلو جُلدوا، لا تقبلوا لهم شهادة أبداً.

و الذى يعرب عن ذلك أنّ قوله: (أُولٰئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ) بمنزلة التعليل لعدم قبول شهادتهم، و من المعلوم أنّ الحكم بالفسق غير معلّق على إجراء الحدّ فعدم قبول الشهادة مثله حكم، غير معلّق بشىء.

و أمّا الثانى: أى قبول شهادتهم بعد التوبة فقد عرفت أنّه مبنىّ على رجوع الاستثناء إلى جميع الجمل الثلاث. و لعلّه الظاهر و إن كانت الأخيرة هى المتيقنة و ذهب أكثر فقهاء أهل السنة إلى عدم القبول. قال الشيخ: القاذف إذا تاب و صلح، قبلت توبته و زال فسقه بلا خلاف و تقبل عندنا شهادته فيما بعدُ، و به قال عمر بن الخطاب، و روى عنه أنّه جَلَد أبا بكر حين شهد على المغيرة بالزنا ثمّ قال له: تب تُقْبَل شهادتك. و عن ابن عباس أنّه قال: إذا تاب القاذف قبلت شهادته و به قال فى التابعين عطاء و طاوس. «۱»

و أمّا غيرهما فقد صرّح الشيخ بأنّ شريحاً و الحسن البصرى و النخعى و الثورى و أبا حنيفة و أصحابه قالوا بأنّه لا تقبل شهادته. ۲ و نقل الطبرسى فى تفسير الآية: أنّ الزهرى و مسروق و عطاء و طاووس و سعيد بن جبير و الشعبى و الشافعى و أصحابه قالوا بقبول شهادته ۳ و على أىّ حال النصوص من أئمّة أهل البيت عليهم السّلام مستفيضة على القبول و يظهر من رواية القاسم بن الحسن، أنّ المشهور لدى السنّة هو عدم القبول ۴ و سيوافيك بعض النصوص فى البحث الثانى.

---

(۱) ۱ و ۲ و الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۱۱.

(۲) ۳ الطبرسى، مجمع البيان: ۴/ ۱۲۶، ط صيدا.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۴۴

و أمّا الثالث: أى كيفية التوبة فقد تضافرت السنّة على إكذاب نفسه لكنّهم اختلفوا فى أمرين:

الأوّل: هل التوبة نفس إكذاب نفسه، أو هى شىء وراء الإكذاب؟

الثانى: كيف يكذب نفسه، فهل يلزم أن يقول: كذبت فيما قلت أو يكفى أن يقول: القذف باطل و لا أعود إلى ما قلت؟

أمّا الأوّل: فالظاهر أنّ الإكذاب غير التوبة، فالأوّل أشبه بحقوق الناس لصيانة عرض الناس، و الثانى من حقوق اللّه حيث اقترف الحرام

و فی بعض الروایات إشارة إلی التغایر کخبر «۱» «أبی الصباح الکنانی» عن القاذف إذا أکذب نفسه و تاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم. «۲» و فی متن آخر: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن القاذف بعد ما یُقام علیه الحدّ ما توبته؟ قال: «یکذب نفسه». قلت: أ رأیت إن أکذب نفسه و تاب أتقبل شهادته؟ قال: «نعم». ۳ فانّ عطف التوبة علی الإکذاب، دلیل التغایر، و أمّا اکتفاء الإمام فی تفسیر التوبة بالإکذاب، لأجل معلومیة الجزء الآخر أعنی: الندامة المبرَزة بالاستغفار. و لأجل ذلک روی عن أحدهما علیهما السّلام: «یجیء فیکذب نفسه عند الإمام و یقول: قد افتریت علی فلانة و یتوب ممّا قال». ۴

و أمّا الثانی: فالوارد فی الروایات هو إکذاب نفسه، غایة الأمر أنّه لو کان صادقاً، یورّی کما علیه المحقّق فی الشرائع.

و یظهر من غیر واحد تعیّن غیره قال ابن إدریس: و کیفیة توبته فی القذف أن یقول: القذف باطل و حرام و لا أعود إلی ما قلت. ۵ و ذلک لأنّه إذا قال:

---

(۱) لضعف الراوی عنه، أعنی: محمّد بن الفضیل، و هو غیر محمّد بن الفضیل الأزدی، و غیر محمّد بن الفضیل بن غزوان.

(۲) ۲- ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۶ و ۱ و ۴.

(۳) ۵ ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۱۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۵

کذبتُ فیما قلت ربّما کان کاذباً فی هذا، لجواز أن یکون صادقاً فی الباطن، و قد تعذّر علیه تحقیقه.

و تبعه ابن سعید حیث قال: و إن شهدوا دون الأربعة بالزنا فحُدُّوا، توبتهم أن یقولوا: ندمنا علی ما کان و لا نعود إلی ما یتهم فیه فتقبل شهادتهم. «۱»

أضف إلیه ما فی المسالک من أنّه تعریض بقذف جدید غیر الأوّل. «۲» و نقله الشیخ فی الخلاف عن أبی إسحاق المروزی و اختاره أیضاً و قال: و الّذی قاله المروزی قویّ لأنّه إذا أکذب نفسه بما کان صادقاً فی الأوّل فیما بینه و بین اللّه فیکون هذا الإکذاب کذباً و ذلک قبیح «۳». و علی کلّ تقدیر فیجب أن یصل الإکذاب إلی من وصل إلیه الرمی، و لعل الإکذاب عند الإمام أو عند المسلمین فی بعض الروایات «۴» کنایة عنه.

یلاحظ علیه بأنّ غایة ما یلزم هو لزوم التعریض و التوریة إذا کان کاذباً.

و أمّا الرابع، أعنی: کون الإصلاح وراء التوبة و الإکذاب أو لا، فظاهر الآیة، انّه غیرهما. قال الشیخ: إذا أکذب نفسه و تاب لا تقبل شهادته حتّی یظهر منه العمل الصالح و هو أحد قولی الشافعی إلّا أنّه اعتبر ذلک سنة و نحن لم نعتبره لأنّه لا دلیل علیه و القول الآخر أنّه یکفی مجرّد الإکذاب. «۵» و هو خیرة ابن سعید قال: و لا یحتاج إلی إصلاح عمل. «۶» و لا یصحّ إلّا بجعل الجملة تفسیراً للتوبة، و یمکن أن تکون کنایة عن الإکذاب، و بما أنّ النصّ ذو وجوه، فمقتضی الأصل العملی استصحاب الحکم السابق حتّی یعلم المزیل.

---

(۱) ابن سعید، الجامع للشرائع: ۵۴۱.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۴۹.

(۳) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۱۲.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۵) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۱۳.

(۶) ابن سعید، الجامع للشرائع: ۵۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۶

المسألة الثالثة: فی اللعب بآلات القمار

اللعب بآلات القمار علی أقسام ثلاثة:

۱- أن یلعب بها لغایة القمار و الرهان.

۲- أن یقصد به اللهو و التنزّه.

۳- أن تکون الغایة الحذق و التفتح.

لا إشکال فی حرمة اللعب علی الوجه الأوّل و أنّه من الکبائر و قد عرفت أنّ من طرق التعرّف علی کون الفعل من الکبائر، لحن الدلیل و تشدید النهی، و یکفی فی ذلک قوله سبحانه: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّکُمْ تُفْلِحُونَ* إِنَّما یُرِیدُ الشَّیْطانُ أَنْ یُوقِعَ بَیْنَکُمُ الْعَداوَةَ وَ الْبَغْضاءَ فِی الْخَمْرِ وَ الْمَیْسِرِ وَ یَصُدَّکُمْ عَنْ ذِکْرِ اللّهِ وَ عَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ) (المائدة/ ۹۱۹۰) و قد فسّر المیسر فی غیر واحد من الروایات بالقمار «۱» و الآیة الأُولی و إن کان تؤکد علی نفس الآلة لا علی اللعب بها، لکن الآیة الثانیة ترکز علی إعمالها حیث إنّ المراد من قوله: (فِی الْخَمْرِ وَ الْمَیْسِرِ) هو شرب الخمر و استعمال المیسر بقرینة قوله: (وَ یَصُدَّکُمْ عَنْ ذِکْرِ اللّهِ) و من المعلوم أنّ الصادّ عن ذکر اللّه هو الممارسة بهذه الآلات لا نفسها.

أضف إلی ذلک ما ورد من الروایات من عدّ اللعب بها من أقسام الباطل «۲» و أنّ صاحب الآلات لا یغفر فی شهر رمضان. ۳ کلّ ذلک لا یدع شکاً فی أنّه من المعاصی الکبیرة و بما ذکرناه، ظهر ضعف ما اختاره الشهید الثانی فی المسالک فی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱۲ و الباب ۱۰۰، الحدیث ۱۵.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۵ و ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۷

کونه من صغائر المعاصی: و ظاهر النهی أنّها من الصغائر فلا یقدح فی العدالة إلّا مع الإصرار علیها. «۱»

إنّما الکلام فی القسمین: الثانی و الثالث أی اللعب بها لغایة التنزه أو الحذق من دون رهان و لا قمار، فهل هناک إطلاق یعمّ تلک الصورتین أو لا؟ و لنذکر بعض کلمات الفقهاء:

۱- قال الشیخ فی الخلاف: و اللعب بالشطرنج حرام علی أیّ وجه کان و یُفسّق فاعله به و لا تقبل شهادته، و قال مالک و أبو حنیفة مکروه، إلّا أنّ أبا حنیفة قال: هو یلحق بالحرام، و قالا جمیعاً تردّ شهادته، و قال الشافعی: هو مکروه و لیس بمحظور. «۲»

۲- و قال فی النهایة: و تردّ شهادة اللاعب بالنرد و الشطرنج و غیرهما من أنواع القمار و الأربعة عشر و الشاهَین. «۳»

۳- و قال فی المبسوط: اللاعب بالشطرنج عندنا تقبل شهادته بحال و کذلک النرد و الأربعة عشر و غیر ذلک من أنواع سواء کان علی وجه المقامرة أو لم یکن. «۴»

۴- و قال ابن البراج: و لا یجوز شهادة الفسّاق و مرتکبی القبائح من شرب الخمر، و الزنا و اللواط و اللعب بالشطرنج أو النرد أو ما یجری مجری ذلک من آلات القمار. «۵»

---

(۱) زین الدین، المسالک: ۲/ ۴۴۹.

(۲) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۵۱.

(۳) الطوسی، النهایة: ۳۲۵.

(۴) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۲۱، و الظاهر سقوط حرف النفی عند الطبع من قوله: تقبل بقرینتین و ذلک: ۱ قوله: «بحال» ۲ التسویة فی

ذیل کلامه، فإنّ حرمة المقامرة لا- شبهة فیها فکیف یقبل قول المقامر؟! اللّهمّ إلّا أن تکون من صغائر المعاصی کما عرفت عن المسالک و هو بعید جدّاً.

(۵) ابن البراج، المهذّب: ۲/ ۵۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۸

۵ و قال ابن إدریس: و لا- تقبل شهادة فحاش و تردّ شهادة اللاعب بالنرد و الشطرنج و غیرهما من أنواع القمار و الأربعة عشر و الشاهین بفتح الهاء لأنّ ذلک تثنیة «شاه» لأنّه کذاب بقوله: شاهک مات، یعنی به أحد أقطاع الشطرنج و لغته بالفارسیة الملک. «۱»

۶- و قال المحقق: اللعب بآلات القمار کلّها حرام کالشطرنج و النرد و الأربعة عشر و غیر ذلک سواء قصد الحذق أو اللهو، أو القمار. إلی غیر ذلک من الکلمات المتماثلة «۲»، إذا علمت ذلک فاعلم أنّ اللعب بآلات القمار بلا رهان له صورتان:

الأُولی: إذا کان اللعب بلا- رهان بالآلة المعدّة للمقامرة بین الناس علی وجه یقامرون بها، فالحقّ حرمته و إن لم یکن هناک رهان لانصراف بعض الأسئلة إلی خصوص هذه الصورة مضافاً إلی الإطلاقات.

أمّا الأوّل کموثقة مسعدة بن صدقة عن أبی عبد اللّه علیه السّلام انّه سئل عن الشطرنج، فقال: «دعوا المجوسیة لأهلها لعنها اللّه». «۳» إذ لا یحتمل أن یسأل مسعدة عن القمار بالشطرنج، بعد معلومیة حکمه بین المسلمین، و إنّما یصحّ السؤال عن اللعب به لبعض الغایات.

و مثلها موثقة زرارة «۴» عن أبی عبد اللّه انّه سئل عن الشطرنج، و عن لعبة شبیب التی یقال لها لعبة الأمیر، و عن لعبة الثلث فقال: «أ رأیتک إذا میّز اللّه الحقّ و الباطل، مع أیّهما تکون؟» قال: مع الباطل، قال: «فلا خیر فیه». «۵» و قوله: «لا- خیر فیه» و أنّه کان یشعر بالکراهة، لکن بما أنّه لیس بعد الحقّ إلّا الضلال کما

(۱) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۲۱.

(۲) لاحظ مفتاح الکرامة: ۴/ ۵۶.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب، الحدیث ۷.

(۴) لوقوع ابن فضال فی سند الحدیث.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۴۹

فی قوله سبحانه: (فَمٰا ذٰا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلٰالُ) (یونس/ ۳۲)، یحمل علی الحرمة. إذ من المحتمل قویّاً أنّ الباطل بمعنی الضلال، نعم الباطل بمعنی غیر المفید لا یلازم الحرمة کما هو الحال فی اللغو فإنّه من أقسام الباطل و لیس بحرام.

روی أبو الربیع الشامی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: سئل عن الشطرنج و النرد. فقال: «لا تقربوهما». «۱»

إنّ إرجاع هذه الأسئلة، إلی السؤال عن القمار بالآلات، بعید جدّاً، فإنّ معناها أنّ مسعدة و زرارة و غیرهما، صاروا یسألونهم علیهم السّلام عن الأُمور الواضحة.

و أمّا الإطلاقات فحدّث عنها و لا حرج و یکفیک ما رواه السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «نهی رسول اللّه صلّی الله علیه و آله و سلّم عن اللعب بالشطرنج و النرد». «۲» و ما رواه البزنطی فی جامعه عن أبی بصیر عن أبی عبدا للّه علیه السّلام قال: «بیع الشطرنج حرام، و أکل ثمنه سحت، و اتخاذها کفر، و اللعب بها شرک، و السّلام علی اللاهی بها معصیة و کبیرة موبقة إلی أن قال: و الناظر إلیها کالناظر فی فرج أُمّه، و اللاهی بها، و الناظر إلیها فی حال ما یلهی بها، و السّلام علی اللاهی بها فی حالته تلک، فی الإثم سواء». ۳ و الموضوع فی الحدیثین هو اللعب و اللهو بالشطرنج و النرد، علی وجه الإطلاق. سواء کان معه رهان أم لا و لاحظ سائر الروایات الواردة فی البابین ۴ من أبواب ما یکتسب به.

و يمكن الاستدلال أيضاً على الحرمة برواية تحف العقول حيث قال: «إنّما حرّم اللّه الصناعة التى هى حرام كلّها التى يجىء منها الفساد محضاً نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كلّ ملهو به إلى أن قال: و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلّمه و العمل به، و أخذ الأُجرة عليه و جميع التقلّب فيه فى جميع وجوه الحركات كلّها» ۵ و من المعلوم أنّ

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱۰.

(۲) ۲– ۵ الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۲، الحديث ۹ و الباب ۱۰۳، الحديث ۴. و سائر الروايات.

اللعب بها بلا رهان نوع تقلّب فيها.

و ما أفاده السيّد الخونسارى من الإشكال فى شمول الإطلاق لهذه الصورة من أنّ اللعب بلا رهان يعد لغواً «۱» غير تام لأنّ المحرك إلى اللعب لا ينحصر فى الرهان بل هنا غايات أُخر تبعث إليه، كإظهار التفوق، أو التهيؤ للمقامرة فى المستقبل القريب، و لو كان لغواً لما شاع بين الناس، و هم عقلاء.

الثانية: اللعب بلا رهان بالآلة الخارجة عن كونها آلة المقامرة و أصبح آلة، يلعب بها لأحد الأمرين: التنزه أو الحذق فيكون أشبه، بانقلاب الخمر خلًا، فهل الإطلاقات منصرفة عن هذه الصورة أو هى قاصرة عن الشمول، و القصور بعيد، لما عرفت من أنّ الموضوع فى لفيف من الروايات، هو اللعب و اللهو. فتعمّ هذه الصورة أيضاً و لو قلنا بصحّة الانصراف لكن إحراز الصغرى و كون الآلة خارجة بين العقلاء عن كونها آلة للقمار، مع كونها مخترعة لهذه الغاية، أشكل من القول بالانصراف من غير فرق بين الشطرنج و غيره. و مع الشكّ فى الصغرى و الكبرى فاستصحاب الحرمة محكّم كما لا يخفى.

المسألة الرابعة: فى شهادة شارب الخمر

اتّفقت كلّمتهم على عدم قبول شهادة شارب الخمر، لكون شربه من المعاصى الكبيرة، و قد عدّه الإمام الرضا عليه السَّلام فى رسالته إلى المأمون من المعاصى الكبيرة و قال: «و اجتناب الكبائر و هى قتل النفس الّتى حرّم اللّه تعالى، و الزنا، و السرقة و شرب الخمر» «۲» مضافاً إلى ما ورد من أنّ شربه يخرج الإنسان عن الإيمان، و يفارقه روحُ الإيمان و قد قورن بالزنا فى النهى عنه ۳ ورود الحدّ فيه و فى شرب كلّ

(۱) الخونسارى، الجامع للمدارك: ۳/ ۲۷.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳۳.

مسكر. «۱»

إنّ الكتاب و إن حرّم الخمر، و لكن رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم حرّم كلّ مسكر. روى الكلينى إنّ اللّه حرّم الخمر بعينها و حرّم رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم كل مسكر من كلّ شراب. «۲» روى على بن يقطين عن أبى الحسن الماضى عليه السَّلام قال: «إنّ اللّه عزّ و جلّ لم يحرّم الخمر لاسمها و لكن حرّمها لعاقبتها، فما كان عاقبته، عاقبةَ الخمر، فهو خمر». «۳» و فى رواية أُخرى عنه عليه السَّلام: «فما فعل فعل الخمر»، فهو خمر. ۴ و فى رواية ثالثة: «حرّمها لفعلها و فسادها». ۵

و من استعارة الخمر، لسائر المسكرات، و وجود الحدّ فيها كما مرّ يشرف الفقيه على كون الكلّ من المعاصى الكبيرة، من غير فرق بين

الفقاع و المتّخذ من الشعير و النبيذ المتخذ من التمر، فإنّ الجميع مسكر، غاية الأمر للإسكار درجات و مراتب حسب كثرة المادة الكحولية و قلّتها، فقد ذكر بعض الكيميائيين أنّ المادة الكحولية فى الصناعى ۵۵٪ و فى غيره يتراوح بين ۳٪ إلى نهاية درجتها ۲۵٪.

هذا كلّه حول الخمر و سائر المسكرات.

و أمّا العصير العنبى، سواء غلى بنفسه أو بالنار، فيحرم شربه ما لم يذهب ثلثاه إنّما الكلام فى كونه من الكبائر و يمكن استظهاره مضافاً إلى ما قيل من أنّها الأصل فى المحرّمات، ممّا ورد من أنّ الثلثين نصيب الشيطان. ۶

نعم لا ـ بأس باتّخاذ الخمر للتخليل. روى عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلًا؟ قال: «لا بأس». ۷

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدّ المسكر، الحديث ۱ و ۲.

(۲) الكافى، باب التفويض إلى الرسول و الأئمّة: ۱/ ۲۰۹.

(۳) ۳- ۵ الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۱۹ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث ۱، ۲، ۳.

(۴) ۶ الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۲ من أبواب الأشربة المحرّمة، الحديث ۴ و غيره.

(۵) ۷ الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۳۱ من أبواب الأشربة المحرّمة، الحديث ۳ و غيره.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۵۲

المسألة الخامسة: الغناء من الكبائر فعلًا و سماعاً

لسنا فى المقام بصدد تبيين مفهوم الغناء لغةً و سنّةً، بل بصدد بيان أنّه من الكبائر، سواء أ كان وصفاً لهيئة الكلام على ما يظهر من المحقّق حيث فسّره بالصوت المشتمل على الترجيع المطرب، أو كان وصفاً للمضمون و المعنى على وجه ضعيف. و أنّه هل يتحقق بنفس الصوت، فقط أو به و بالملاهى أيضاً؟

و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بالوجه التالى:

قد فسّر لهو الحديث الذى أوعد بالعذاب، بالغناء «۱» قال سبحانه: (وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ يَتَّخِذَهَا هُزُواً أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ). (لقمان/ ۶) كما فسّر الزور فى غير واحد من الروايات المقترن بالأوثان به أيضاً. «۲» قال سبحانه: (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثانِ وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (الحج/ ۳۰) مضافاً إلى تضافر النهى فى الروايات.

و هل هو كذلك فى السامع أيضاً، أو يختص بالفاعل، الظاهر هو الأوّل و يكفى فيه ما ورد من تفسير قوله سبحانه: (الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) (الفرقان/ ۷۲) بالغناء ۳ و المراد من شهوده هو الحضور فى مجلسه، مضافاً إلى ما ورد من أنّ الغناء مجلس لا ينظر اللّه إلى أهله ۴ على أنّ تضافر النهى لغاية إبعاد الناس عن سماعه من غير فرق بين الفاعل و السامع و قد مرّ أنّه من علائم كون الفعل من الكبائر.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۹۹ من أبواب يكتسب به، الحديث ۶، ۷.

(۲) ۲- ۴ المصدر نفسه، الحديث ۲، ۸، ۱۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۵۳

المسألة السادسة: فى استعمال الملاهى

إنّ استعمال الملاهى حرام و المقصود إثبات كونه من الكبائر و لنذكر كلمات الفقهاء:

۱- قال الشيخ فى الخلاف: الغناء حرام سواء كان صوتَ المغنى أو بالقضيب أو بالأوتار مثل العيدان و الطنابير و النايات و المعازف و غير ذلك و أمّا الضرب بالدّف فى الأعراس و الختان فإنّه مكروه و قال الشافعى: صوت المغنّى و القضيب مكروه و ليس بمحظور، و ضرب الأوتار محرّم، و ضرب الدف فى الختان و الأعراس مباح. «۱»

۲- و قال فى المبسوط: و جملته عندهم (العامة) أنّ الأصوات على ثلاثة أضرب: مكروه و

محرم و مباح فالمكروه صوت المغنى و القضيب معاً لأنّه و إن كان بآلة فهو تابع للصوت و الغناء فلهذا كان مكروهاً، و هو عندنا حرام من الفاعل و المستمع تردّ به شهادتهما.

و أمّا المحرّم و هو صوت الأوتار و النايات و المزامير كلّها، فالأوتار: العود و الطنابير و المعزفة، و الرباب و نحوها و النايات و المزامير معروفة و عندنا كذلك محرّم تردّ شهادة الفاعل و المستمع.

روى أنّ النبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قال: إنّ اللّه حرّم على أُمّتى الخمر و الميسر و المرز و الكوبة و القنين، فالمرز شراب الذرة، و الكوبة الطبل، و القنين البربط، و التفسير فى الخبر.

و روى محمّد بن على المعروف بابن الحنفية عن على عليه السَّلام، أنّ النبىّ عليه و آله السّلام قال: «إذا كان فى أُمّتى خمسَ عشر خصلة حلّ بهم البلاء: إذا اتّخذوا

---

(۱) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۵۴

الغنيمة دولة، و الأمانة مغنماً، و الزكاة مغرماً، و أطاع الرجل زوجته، و جفا أباه، و عقّ أُمّه، و لبسوا الحرير، و شربوا الخمر، و اشتروا المغنيات و المعازف، و كان زعيم القوم أرذَلهم، و أُكْرِمَ الرجلُ السوء خوفاً منه، و ارتفعت الأصوات فى المساجد، و سبّ آخر هذه الأُمّة أوّلها، و فى بعضها و لعن آخرُ هذه الأُمّة أوّلها، فعند ذلك يرقبون ثلاثاً: ريحاً حمراء، و خسفاً و مسخاً».

فإذا ثبت أنّ استماعه محرّم إجماعاً فمن استمع إلى ذلك فقد ارتكب معصية مجمعاً على تحريمها، فمن فعل ذلك أو استمع إليه عمداً رُدّت شهادته.

و أمّا المباح فالدف عند النكاح و الختان، لما روى ابن مسعود أنّ النبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قال: اعلنوا النكاح، و اضربوا عليها بالغربال يعنى الدفّ و روى أنّه عليه السَّلام قال: فصِّل ما بين الحلال و الحرام، بالضرب بالدف عند النكاح، و عندنا أنّ ذلك مكروه غير أنّه لا تردّ به شهادته فأمّا فى غير الختان و العرس فمحرّم. «۱»

۳- قال ابن إدريس فى عداد الكسب المحظور من السرائر: فهو كلّ محرّم إلى أن قال: و آلات جميع الملاهى على اختلاف ضروبها من الطبول و الدفوف، و الزمر، و ما يجرى مجراه و القضيب، و السير، و الرقص و جميع ما يطرب به من الأصوات و الأغانى. «۲»

۴- قال المحقّق: الزمر و العود، و الصنج و غير ذلك من آلات اللهو حرام يفسق فاعله و مستمعه و يكره الدف فى الإملاك و الختان خاصة. «۳»

۵- و قال فى النافع: و العمل بآلات اللهو سماعها، و الدف إلّا فى الإملاك و الختان. «۴»

۶- و قال العلّامة: و تردّ شهادة اللاعب بآلات القمار إلى أن قال: و

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۲۲۴۲۲۳.

(۲) الحلى، السرائر: ۲/ ۲۱۵.

(۳) المحقق، الشرائع: ۴/ ۱۲۸.

(۴) ابن فهد الحلّی، المهذّب: ۴، قسم المتن ۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۵۵

مستمع الزمر و العود و الصنج و الدف إلّا فی الإملاک و الختان خاصّة و جمیع آلات اللهو. «۱»

۷- و قال فی التذکرة: یحرم اتّخاذ الملاهی من الدفّ و شبهه و قد روی جواز ذلک فی العرس و الغناء فیه و منع ابن إدریس و هو المعتمد لأنّ اللّه ذمّ اللهو و اللعب بما یقتضی تحریمهما. «۲»

۸- و قال المحقّق الأردبیلی: و کذا تردّ شهادة فاعل الزمر بأنواعه، و مستمعه کذلک و کذا العود و هو نوع خاص من آلات اللهو معروف و کذا الصنج و کذا الدفّ الذی معه الجلاجل و أضاف لعلّ تحریم کلّ ذلک و غیره من جمیع آلات اللهو مثل الطنبور و غیره بالإجماع عندنا و الأخبار من طرق العامة فی الجملة و الخاصة إلّا الدفّ الخالی عن الجلاجل و الصنج فی الإملاک بالکسر أی التزویج و فی الختان للصبیان خاصّة. «۳»

هذا بعض ما وقفنا علیه من کلمات علمائنا تتّفق علی تحریم استعمال الملاهی، إنّما الکلام فی کونه من المعاصی الکبیرة فالذی یمکن أن یکون سنداً لها، هو تضافر النهی علیه فی غیر واحد من الروایات التی ربّما تتجاوز الأربعین و قد جاء کثیر منها فی کتاب جامع الأحادیث «۴» فإنّ العنایة الهائلة فی الروایات بالنهی عنه و بیان آثاره السیّئة دلیل علی کونها کبیرة.

و قد نقل قسماً منها الحرّ العاملی فی الوسائل و الأکثر و إن کان غیر نقیة السند لکن بعضها یشدّ بعضاً، و یورث القطع بصدور بعضها و هو کاف فی الحکم و إلیک بعض الروایات المعتبرة:

---

(۱) العلّامة الحلّی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۵۷.

(۲) العلّامة الحلّی: التذکرة ۲/ ۵۸۲، کتاب النکاح فی أحکام الولیمة.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۳۴۰.

(۴) جامع الأحادیث: ۱۷، الباب ۲۱ من أبواب ما یکتسب به.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۵۶

۱- معتبرة السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أنهاکم عن الزفن، و المزمار، و الکوبات، و الکبرات». «۱»

و الزفن هو الرقص، و المزمار قصبة یزمر بها، یقال زمر الرجل، یزمر إذا ضرب المزمار، و الکوبات جمع الکوبة و هی الطبل، و الکبرات جمع الکبر علی وزن الفرس، و فسّره فی المنجد بالطبل أیضاً و قال: إنّه دخیل. هذا ما رواه الکلینی، و نقله الحمیری فی الجعفریات، و صاحب الدعائم فی دعائم الإسلام. «۲»

۲- معتبر إسحاق بن جریر و قال سمعت أبا عبد اللّه یقول: «إنّ شیطاناً یقال له: القفندر إذا ضرب فی منزل الرجل أربعین صباحاً بالبربط و دخل الرجال وضع ذلک الشیطان کلّ عضو منه علی مثله من صاحب البیت نفخَ فیه نفخة فلا یغار بعدها حتی تؤتی نساؤه فلا یغار». «۳» و البربط هو العود و هو آلة من المعازف یضرب بها.

۳- روی الصدوق بأسانیده عن الفضل بن شاذان عن الرضا علیه السَّلام فی کتابه إلی المأمون بأنّ الإیمان هو أداء الأمانة و اجتناب الکبائر و عدّ منها الاشتغال بالملاهی و الإصرار علی الذنوب. «۴»

۴- روی الصدوق باسناده عن الأعمش عن جعفر بن محمّد علیهما السَّلام فی حدیث شرائع الدین قال: و الکبائر محرّمة و هی الشرک باللّه و قتل النفس إلی أن قال: و الملاهی التی تصدّ عن ذکر اللّه عزّ و جلّ مکروهة کالغناء و ضرب الأوتار و الإصرار علی صغائر الذنوب. ۵ و المراد من المکروه هو الحرام بقرینة عدّها من الکبائر و لعلّ اقحام کلمة «مکروه» فی الأثناء للتقیة و قد عرفت علی فتوی

العامة على الكراهة عن الخلاف.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۰ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۶.

(۲) لاحظ جامع أحاديث الشيعة: الجزء ۱۷، الباب ۲۱ من أبواب ما يكتسب، الحديث ۲ و ۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۱۰۰ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱.

(۴) ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳۳ و ۳۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۵۷

و موجز الكلام فى استعمال الملاهى أنّه لا شكّ فى حرمته و كونه من الكبائر و أنّ هنا عنوانين متغايرين محرّمين:

۱- الغناء.

۲- استعمال الملاهى.

و اجتماعهما فى مورد كما فى كلام الشيخ فى الخلاف ليس دليلًا على وحدة الموضوع المحرّم و أمّا الموسيقى فليس موضوعاً للحكم فى الأدلّة حتى نبحث عن مفهومه و الناظر فى الروايات الواردة ترى أنّ النهى تارة تعلّق بأسماء الآلات، و أُخرى بعنوان الملاهى الذى هو جمع الملهاة، بمعنى آلة اللهو فلو كان الموضوع هو استعمال هذه الآلات بما هى هى فيحرم مطلقاً و إن ترتبت عليه فائدة عقلائية غير منهية عنها، كما فى الحروب، و مواقع الإنذار، و أمّا لو قلنا إنّ الموضوع استعمالها بما هى ملهاة و أنّ العمل عمل لهوى، فيخرج الموارد التى تترتب عليها، منافع محلّلة جماعية و ما أقلّ تلك المنافع، و ما أكثر المنافع المحرّمة، فلاحظ.

ثمّ لو قلنا بأنّ الموضوع هو الانتفاع اللهوى، فالفرد المشكوك بين كونه لهوياً و غيره محكوم بالحلّية فعلًا و سماعاً. لكن بما أنّ هذه الآلات مصائد للشيطان، مثيرة للشهوات فاللازم هو الاجتناب إلّا فى مورد نقطع بأنّه ليس الاستعمال بلهوى كالانتفاع بها فى الحروب و التدريب.

هذا كلّه حكم المستعمل و أمّا حرمة الاستماع فتكفى فيها معتبرة مسعدة بن زياد، قال: كنت عند أبى عبد اللّه عليه السّلام فقال له رجل: بأبى أنت و أُمّى أدخل كنيفاً ولى جيران و عندهم جوار يتغنين و يضربن بالعود فربّما أطلتُ الجلوس استماعاً منّى لهنّ فقال عليه السّلام: «لا تفعل» فقال الرجل: و اللّه ما أتيتهن، إنّما هو سماع أسمعه بأُذنى، فقال عليه السّلام: «باللّه أنت، أما سمعتَ اللّه يقول: (إِنَّ السَّمْعَ وَ الْبَصَرَ وَ الْفُؤٰادَ كُلُّ أُولٰئِكَ كٰانَ عَنْهُ مَسْؤُلًا) «۱»؟! «فقال: بلى! و اللّه كأنّى لم أسمع بهذه

(۱) الإسراء: ۳۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۵۸

الآية من كتاب اللّه من عربىّ و لا عجمىّ، لا جرم انّى لا أعود إن شاء اللّه، و إنّى أستغفر اللّه، فقال له: «قم فاغتسل و صلّ ما بدا لك، فإنّك كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوأ حالك لو مت على ذلك، احمِد اللّهَ و سله التوبةَ من كلّ ما يكره، فإنّه لا يكره إلّا كلّ قبيح، و القبيح دعه لأهله فانّ لكلّ أهلًا. «۱»

نعم استثنى المحقّق صورتين و قال: يكره الدف فى الإملاك و الختان، استناداً إلى ما رواه البيهقى. قال النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: اعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالغربال يعنى الدفّ، و روى أيضاً: فصل ما بين الحرام و الحلال، بالضرب بالدف فى النكاح، و قد عرفت أنّ بعضهم قيد الدف بكونه خالياً عن الصنج، و عبّر عنه الأردبيلى، بالجلاجل. و الرواية مع أنّها خاصّة بالنكاح دون الختان، ضعيف و منع ابن إدريس و أخذ بعموم النهى. و لعلّ عمومات النهى عن استعمال الملاهى إذا عدّ العمل لهويّاً غير قابل للتخصيص كما هو واضح لمن لاحظها فاللازم عند التحليل وجود فائدة عقلائية فالتخصص بالرواية العامية غير تام.

المسألة السابعة: فی الحسد

الحسد معصیة كبیرة بلا إشكال، كیف لا و قد ورد فی الصحیح أنّه یأكل الإیمان كما تأكل النار الحطب. «۲» و انّه آفة الدین ۳ إلى غیر ذلك من التعبیرات الدالّة على أنّه من عظائم المحرّمات، و لا ینفك عن البغضة التی هی أیضاً من إحدى المحرّمات الكبیرة و فی صحیح مسمع بن عبد الملك عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: قال رسول للّه صلَّى الله علیه و آله و سلَّم فی حدیث: إلّا انّ التباغض الحالقة لا أعنی حالقة الشعر و لكن حالقة الدین. ۴ و هل الحسد الكامن فی النفس بنفسه معصیة أو استعماله و

---

(۱) الوسائل: الجزء ۲، الباب ۱۸ من أبواب الأغسال المسنونة، الحدیث ۱ و رواه الصدوق و الشیخ. لاحظ جامع أحادیث الشیعة: ج ۱۷، الباب ۲۲ من أبواب ما یكتسب به، الحدیث ۶.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۸، الباب ۱۳۶ من أبواب أحكام العشرة، الحدیث ۷.

إظهاره؟ الظاهر هو الثانی لما فی خبر حمزة بن حمران عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: «ثلاثة لم ینج منها نبی فمن دونه التفكر فی الوسوسة فی الخلق، و الطیرة، و الحسد، إلّا أنّ المؤمن لا یستعمل حسده». «۱»

المسألة الثامنة: فی لُبس الحریر

لبس الحریر للرجال فی غیر الحرب اختیاراً محرّم كما بیّن فی محلّه، و فی النافع فی باب ما یحرم به التكسّب: تزیین الرجل بما یحرم علیه، و الأوّل هو المتعیّن، لأنّ لبسه محرّم مطلقاً سواء كان للتزیین أم لا و مثله التختم بالذهب على النحو المذكور فی كتاب الصلاة، باب لباس المصلّی.

المسألة التاسعة: فی اتخاذ الحمام

اتّخاذ الحمام للانس و إنفاذ الكتب إلی غیر ذلك من الدواعی المحلَّلة، جائز للأصل إنّما الكلام فی اتّخاذها للّعب ففی خبر العلاء بن سیابة قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السَّلام عن شهادة من یلعب بالحمام؟ فقال: «لا بأس إذا كان لا یعرف بفسق. «۲» إلّا إذا كان اللعب به منافیاً للمروّة على القول باشتراط عدمه، أو موجباً لإیذاء الجیران إلی غیر ذلك من اللوازم غیر المحمودة التی یترتّب علیه أحیاناً.

المسألة العاشرة: فی شهادة أرباب الصنائع المكروهة

لا تردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة كالصیاغة و بیع الأكفان و لا من أرباب الصنائع الدنیة كالحجامة و الحیاكة، بعد عدم كون عملهم محرّماً و كونها خلاف المروّة أوّل الكلام لأنّها تختلف حسب تشخّص الأفراد على أنّك عرفت أنّه لا دلیل على اعتبار عدم ارتكاب خلافها بما هو هو إلّا إذا كان كاشفاً عن الخبل فی العقل أو عدم الاستقامة فی رعایة القوانین و السنن.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

الشرط السادس: ارتفاع التهمة

اشارة

تقدم أنّه يشترط فى الشهود صفات سبع، و قد استوفينا الكلام فى خمسة منها أى البلوغ و كمال العقل، و الإسلام و الإيمان، و العدالة فبقى اثنان منها و هما: ۱ ارتفاع التهمة، ۲ طهارة المولد. و إليك الكلام فيهما واحداً تلو الآخر.

أمّا الأوّل فقد اتّفق الأصحاب على شرطيته على وجه الإجمال و دلّت عليه الرّوايات، و لنذكر شيئاً من كلمات الفقهاء:

قال المفيد: «و لا تقبل شهادة الفاسق و لا ذى الضغن و الحسد، و العدوّ فى الدّنيا و الخصم فيها و لا تُقْبَلُ شهادة المتهم و لا الظنين». «۱»

و قال الشيخ فى النهاية: «و لا يجوز قبول شهادة الظنين و المتهم و الخصم و الخائن و الأجير». «۲»

و قال فى الخلاف: «إذا كان بين رجلين عداوة ظاهرة مثل أن يقذف أحدهما صاحبَه أو قذف الرجلُ امرأته فانّه لا تُقبل شهادة أحدهما على الآخر، و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة: تُقبل و لا تأثير للعداوة فى ردّ الشهادة بحال. دليلنا ما روى طلحة بن عبيد اللّه قال: أمر رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم منادياً فنادى لا تُقْبل شهادة خصم و لا ظنين و العدوّ منهم. (و فى بعض النسخ متهم) و قال: لا تقبل شهادة الخائن و الخائنة و لا الزانى و لا الزانية و لا ذى غمز على أخيه، و ذو الغمز من كان فى قلبه حقد أو بغض». «۳»

---

(۱) المفيد: المقنعة: ۷۲۶.

(۲) الطوسى: النهاية: ۳۲۵.

(۳) الطوسى: الخلاف ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۴۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۶۱

و قال ابن البرّاج: فالعدالة معتبرة فى صحة الشهادة على المسلم و تثبت فى الإنسان بشروط: و هى البلوغ، و كمال العقل، و الحصول على ظاهر الإيمان، و الستر و العفاف و اجتناب القبائح و نفى الظِّنَّة و الحسد، و التهمة و العداوة. «۱»

و قال ابن سعيد: «و لا تقبل شهادة المتّهم على من يتّهم عليه». «۲»

إلى غير ذلك من الكلمات و أمّا الرّوايات فقد عبّرت عن التهمة بالظنين و المتهم، فتارة جمعت بينهما «۳» و أُخرى فرّقت بينهما فاستخدمت المتهم دون الظنين «۴» و ثالثة عكست. «۵»

قال الفيّومى: الظِّنَّة بالكسر التهمة، و هى اسم من ظننته إذا اتهمته فهو ظنين «فعيل» بمعنى مفعول و فى السبعة (وَ مٰا هُوَ عَلَى الْغَيْبِ بِضَنِينٍ) (التكوير/ ۲۴): بمتهم، و أظننتُ به الناس: عرّضته للتهمة. «۶»

أقول: إنّ فى قوله سبحانه: (وَ مٰا هُوَ عَلَى الْغَيْبِ بِضَنِينٍ) قراءتين فمن قرأه بالظاء أُخت الطاء فقد فسره ب «متّهم». و هو يتعدى إلى مفعول واحد يقال ظننتُه: اتهمته أى ليس فيما يخبر عن اللّه بكاذب فإنّ أحواله ناطقة بالصدق و من قرأ بالضاد أُخت الصاد، فقد فُسِّر ب «بخيل» أى ليس: ببخيل فيما يؤدِّى عن اللّه أن يعلِّمه كما علّمه اللّه. «۷» و لعل قوله سبحانه (وَ مٰا هُوَ بِقَوْلِ شَيْطٰانٍ رَجِيمٍ) (التكوير/ ۲۵) يؤيّد المعنى الأوّل و من ذلك يعلم صحّة ما عن الصحاح من أنّ المراد من الظنين: المتهم. و عندئذ يكون اللفظان مترادفين.

---

(۱) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۶.

(۲) ابن سعيد الحلّى، الجامع للشرائع: ۵۳۹.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱، ۳،، ۵، ۶.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

(۶) القيومى: المصباح، مادة ظن.

(۷) الطبرسى: مجمع البيان: ۵/ ۴۴۶، ط صيدا.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۶۲

إجابة عن سؤال

إذا كـان اللفظـان مترادفين فمـا وجه الجمع بينهمـا؟ و قـد أجاب عنه صاحب الجواهر، بأنّ المراد من الظنين: هو المتهم فى دينه بقرينة إدخال الخائن و الفاسق تحته فى بعض الروايات «۱» و عندئـذ يكون المراد من المتهم هو المتهم فى خصوص الواقعة «۲» و على ضوء ما ذكره لا تقبل شهادة اثنين:

۱- المتهم فى دينه الذى ربّما لا يتورّعُ عن الكذب و الزور. ۲ المتهم فى خصوص الواقعة لعداوة دنيوية بين الشهود و المشهود عليه أو لكونه منتفعاً من الشهادة.

إجابة عن سؤال ثان

إذا تبيّن الجواب عن السؤال الأوّل و هو الفرق بين الظنين و المتهم، يتوجّه هنا سؤال ثان: و هو أنّه بعد اشتراط العدالة التى هى الشـرط الخامس، فلا وجه لهـذا الشـرط السادس و ذلك لأنّه إذا أُريـد من الظنين، هو الخائن و الفاسق، كما فى بعض الروايات، فقـد اسـتغنينا عنه بالشرط الرابع أى كونه عادلًا فلا يجتمع العدل، مع الخيانة و الفسق.

و الجواب أنّ مراد الأصـحاب من المتهم فى المقـام بعـد اشـتراط العدالـة ليس المتهم فى دينه بـأن يكون إنسانـاً غير ملـتزم بالأحكـام الشـرعيّة بل المراد، هو المتهم فى نفس الواقعـة اتهاماً، لا يناقض عـدالته و هـذا شـرط تعبـدى وراء العدالـة، و الشارع الحكيم يريد أن يكون نظـام القضـاء فى الإسـلام، منزّهـاً عن توهم أىّ انحيـاز فى الشاهـد و القاضـى و عن أى وصـمة ريب و شكّ و إيهام، فإذا كان الشاهد يجرّ

---

(۱) لاحظ الوسائل: الجزء ۱۸، الحديث ۱، ۲، ۳ من الباب ۳۰ من أبواب الشهادات.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۶۳

بشـهادته نفعـاً و ربّمـا يكون صادقـاً لاـ يقبـل منه لكن لا لأجل كونه مناقضاً للعدالـة بل لأنّ الشارع أراد تنزيه نظام القضاء عن وصـمة التحيّز حتى يطمئنّ المترافعان فى مجلس القضاء.

و لكن لمّا كان مطلق الاتهام غير قادح فى الشاهـد لضـرورة صـحّة شـهادة الزوج فى حقّ الزوجـة و بالعكس و الصـديق فى صـديقه و الوالد فى حقّ الولد، لم يُتخذ الاتهام ضابطة كلية للردّ بل اقتصروا بالموارد التى ورد فيها النصّ و إلّا فالشاهد المتهم داخل تحت حجيّة البيّنة العادلة.

یقول المحقّق الأردبیلی حول قول العلّامة: «السادس: ارتفاع التهمة و لها أسباب»: العدالة مانعة عن ردّ الشهادة و هی سبب لقبولها، و مجرّد التهمة و أیّة تهمة کانت لیست سبباً للرد فإنّ العدالة تمنع الخیانة و إن کان له فیها نفع. نعم التهمة فی الجملة مانعة بالنص و الإجماع و لیس لها ضابطة و أشار إلی تحقیق ذلک بقوله: «و لها أسباب». «۱»

و بالجملة لمّا کان مطلق التهمة غیر قادح من جانب، و من جانب آخر، تضافرت النصوص و الإجماع علی قادحیتها، حاول المحقّق و العلّامة و غیرهما إطراح کلّ مورد بخصوصه لعدم کون مطلق التهمة ضابطة کلیة و ذلک فی ضمن مسائل.

و إلیک البحث فی ضوء کلام المحقّق.

المسألة الأُولی: لا تقبل شهادة من یجرّ بشهادته نفعاً أو یستدفع ضرراً

اشارة

لا تقبل شهادة من یجرّ بها إلی نفسه نفعاً، أو یستدفع ضرراً و قد مثلوا لذلک بالأمثال التالیة:

۱- الشریک فیما هو شریک فیه.

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۳۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۶۴

۲- صاحب الدین إذا شهد للمحجور علیه.

۳- السیّد لعبده المأذون.

۴- الوصی فیما هو وصیّ فیه.

و أضاف العلّامة مثالًا خامساً.

۵- الوارث إذا شهد علی جرح مورّثه قبل الاندمال.

۶- العاقلة إذا جرح شهود جنایة الصبیّ.

و لنأخذ بالبحث عنها واحداً تلو الآخر.

الأوّل: منع شهادة الشریک فی حقّ الشریک فیما هو شریک فیه

فقد استدلوا علی عدم القبول بوجهین:

۱- إنّ الشاهد عندئذ یکون مدّعیاً، و لا یقبل قول المدّعی بلا بیّنة.

۲- تضافر الروایات علی عدم قبول شهادته و إلیک ما ورد فی المقام.

روی الصدوق بإسناده عن فضالة عن أبان بن عثمان قال: سُئل أبو عبد اللّه علیه السَّلام عن شریکین شهد أحدهما لصاحبه قال: «تجوز شهادته إلّا فی شیء له فیه نصیب» و علی هذا المتن فقد سمعه أبان عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام و إن کان السائل غیره لکن الظاهر من نقل الشیخ أنّه مرسل حیث روی عن أبان عمن أخبره عن أبی عبد اللّه مثله «۱» و لا تعارض و لعلّ الصدوق ظفر بالسند و لم یعثر علیه الشیخ.

ثمّ إنّ الکلینی روی عن أبان عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه (البصری) قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السَّلام، عن ثلاثة شرکاء شهد

اثنان عن واحد قال: «لا تجوز شهادتهما» ۲ و ظاهر الحدیث انّ واحداً من الشرکاء ادّعی علی شخص، و شهد

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۶۵

اثنان من الشرکاء له، و الحدیث ظاهر أو محمول علی ما إذا کان مورد الادعاء و الشهادهٔ، المالَ المشترک. و علی ذلک فلا تعارض بینه و بین ما رواه الشیخ بنفس السند قال سألت أبا عبد اللّه علیه السَّلام عن ثلاثهٔ شرکاء ادّعی واحد و شهد اثنان، قال: «یجوز». «۱» فإنّه محمول علی ما إذا شهدا علی شیء لیس لهما فیه شرکهٔ، أو محمول علی سقط لفظهٔ «لا» من التهذیب و کم فیه من التصحیف.

و ربّما یستدل علی عدم الجواز بخبر محمّد بن الصلت قال: سألت أبا الحسن الرضا علیه السَّلام عن رفقهٔ کانوا فی طریق فقطع علیهم الطریق و أخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: «لا تقبل شهادتهم إلّا بإقرار اللصوص أو شهادهٔ من غیرهم علیهم». ۲

و الحدیث غیر قابل للاحتجاج من وجوه:

۱- إنّ محمّد بن الصلت من أصحاب الصادق علیه السَّلام علی ما فی رجال الشیخ و کنیته: «أبو العدیس» و هو مجهول أو مهمل فی کتب الرجال. لم یوصف بشیء من الوثاقهٔ و الضعف فکیف یحتج به؟!

۲- إنّه من المحتمل أن یکون متعلّق الشهادهٔ کونهم قطاع الطریق حتی یجری علیهم حکم اللّه الوارد فی قوله سبحانه: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِینَ یُحَارِبُونَ اللّهَ وَ رَسُولَهُ وَ یَسْعَوْنَ فِی الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ یُقَتَّلُوا أَوْ یُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَیْدِیهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ یُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذٰلِکَ لَهُمْ خِزْیٌ فِی الدُّنْیَا وَ لَهُمْ فِی الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِیمٌ) (المائدهٔ/ ۳۳).

۳- إنّ الروایهٔ علی فرض الاحتجاج مطلقهٔ، تدل علی عدم حجّیهٔ شهادهٔ بعض أهل القافلهٔ لبعض، سواء کان المشهود به المال المشترک أو لا. و الالتزام بالإطلاق أمر مشکل، لعدم الموجب لمنع الشهادهٔ فی غیر المشترک، کما إذا شهد

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴، ۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۶۶

أحد الغرماء، علی عین أنّها لبعضهم، فإنّه عندئذ یکون بماله أولی من سائر الغرماء فلاـ یضربون معه فیها و المورد فیما إذا کان المشهود به غیر مشترک، نظیر هذا.

اللّهمّ إلّا أن یمنع الإطلاق، و تحمل الروایهٔ علی قافلهٔ تجاریهٔ أغار علیها قطاع الطریق، و کان الرسم الدارج، مشارکهٔ القافلهٔ فیما یحملون من مال التجارهٔ من نقطهٔ کالحجاز إلی الشام أو بالعکس.

۴- و یحتمل أن یکون المنع، لا لأجل الشرکهٔ بل لأجل العداوهٔ، حیث إنّ قطاع أخافوهم و قطعوا الطریق علیهم، فأورث عملهم عداوهً علیهم فی قلوب أهل القافلهٔ فیخرج الحدیث عن موضع البحث أی عدم قبول شهادهٔ الشریک فی حقّ الشریک الآخر.

ثمّ إنّ الأصحاب علّلوا عدم القبول فی المقام بأنّ الشاهد لأجل جرّ النفع ینقلب مدّعیاً مکان کونه شاهداً. و هو متین لکن ینبغی بیان أحکام صور:

أ: لو شهد بأنّ له نصفه، و بما أنّه شهد علی سهم الشریک دون سهمه قال فی الجواهر: «قُبل»، و لکن لو علم القاضی بأنّ المشهود به، مشاع بین الشاهد و المشهود له، لزمه الردّ، لأنّه یجرّ بها النفع لنفسه لأنّ النصف الثابت بالشهادهٔ لأحد الشریکین، لا یختصّ به بل یبقی علی مشاعه، کما ذکرناه فی کتاب القضاء.

ب: و لو شهد أحد الشریکین للآخر، لیس له فیه نصیب بالفعل و لکنّه یرث المشهود له، إذا مات، کالولد للوالد، فظاهر مسند أو مرسل أبان هو الجواز لتخصیصه المنع «بماله فیه نصیب». «۱»

ج: لو قال أنّ زيداً أتلف من عمرو أو استقرض منه أو غصب منه كذا و كان المال مشتركاً بين الشاهد و المشهود له فلا يقبل فى حصّته، و أمّا فى حصة الشريك فظاهر الجواهر عدم القبول و لكن الظاهر القبول، للفرق بين العين و

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

الدين فإنّ الشهادة على الأولى، فى حصّة الشريك تجرّ النفع إلى الشاهد لأنّ النصف الثابت باسم سهم الشريك يكون مشاعاً أيضاً بخلاف الدين، فإذا تملّكه المشهود له، بفضل شهادة الشريك يختصّ له إذا دفعه المشهود عليه، بنيّة أنّه سهم المشهود له لما مرّ من سهم كلّ من الدُّيّان، يتعيّن بنيّة الدائن، نعم لو دفعه بما أنّه مال للشركة لكان لما ذكره وجه.

الثانى: صاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه

إذا شهد صاحب الدين للمعسر المحجور عليه لفلس بعد الحجر له بأنّ له على زيد كذا و أنّ المال الفلانى له بحيث لو ثبت أنّه له يأخذ عوض دينه منه، إمّا الكلّ إن لم يكن له شريك و إلّا فبعضه من غير فرق بين كون المشهود به ديناً أو عيناً و ذلك لأنّ حجر الحاكم على المفلس يُسقط ذمّته عن الاعتبار و يكون متعلّق الديون، هو ما بقى من ماله بعد إخراج المستثنيات من الديون فلو ثبت بشهادته، أنّ تلك العين ماله أو أنّ له ديناً على ذمّة شخص، يتعلّق طلب الغرماء بالعين و الدين بالمباشرة لخروج ذمّته عن الاعتبار لدى العقلاء فلو قلنا بالثبوت يلزم انقلاب الشاهد مدّعياً.

و من هنا تبيّن الفرق بين المحجور عليه، و المديون المُعْسِر الذى لم يحكم عليه بالحجر، فبما أنّ لذمّة المعسر اعتباراً يتعلّق طلب الغرماء بذمّته غير أنّه ينظر إلى ميسرة، فإذا شهد أحد الغرماء بأنّ له تلك العين أو أنّ له ديناً على آخر، لا يتعلّق بالمشهود به دين الغرماء فإنّ المسئول أمامهم، ذمّته، لا العين الخارجية و لا الدين الذى له على ذمّة آخر.

الثالث: السيّد لعبده المأذون

وجهه أنّ ما فى يده لمولاه فينقلب الشاهد مدّعياً، و ينطبق عليه قوله: «فى

شىء له فيه نصيب». «۱» بخلاف العكس، فيجوز شهادة العبد لمولاه قال المفيد: «و تقبل شهادة العبيد لسادتهم إذا كانوا عدولًا». «۲» و ليس مطلق التهمة مانعاً إلّا أن ينطبق عليه عنوان وحدة المدّعى و الشاهد، أو يرد فيه نصّ.

الرابع: الوصى فى ما هو وصىّ فيه

إذا شهد الوصى بشىء للميت، يدخل المشهود به تحت ولايته و إن لم يدخل تحت ملكه و قد اختلفت فى المقام كلمة الأصحاب قال الشيخ: «و لا بأس بشهادة الوصى على من هو وصى له، و له، غير أنّ ما يشهد به عليه، يحتاج أن يكون معه غيره من أهل العدالة». «۳» و قال ابن البرّاج: «و شهادة الوصى لمن هو وصى له، و شهادته عليه إذا كان معه غيره من أهل العدالة» «۴» و مع ذلك نرى أنّ المحقق منع جواز شهادته، مخصِّصاً المنع «فيما هو وصى فيه» «۵» ليدخل فى ولايته، و من الممكن حمل كلامهما على ما إذا كان المشهود به خارجاً عن ولايته، كما إذا عيّن للصرف فى الوصايا عيناً أو نقداً و لم يكن المشهود به منهما فيرتفع الخلاف بين الكلمات. و تبعه الشهيد فى الدروس فقال: «و الوصى فى متعلّق وصيته، و غرماء المفلس و الميت و السيّد لعبده». «۶»

أقول: وجه المنع فيما إذا كان للوصىّ الأُجرة على التصرف فى المشهود به واضح، إنّما الكلام فيما إذا يشهد من دون أن يكون له فيه

ولایهٔ التصرف، أو معها و لکن بدون الأجرهٔ، ففیه التفصیل، فلو کان مدّعیاً، فلا یکون شاهداً لبطلان وحدهٔ المدّعی و الشاهد و أمّا لو کان المدّعی غیره من سائر الورثهٔ فالمنع عن نفوذ

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

(۲) المفید: المقنعهٔ: ۷۲۶، أی یشهد علی ضرره و صالحه.

(۳) الطوسی: النهایهٔ: ۳۲۶.

(۴) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۶.

(۵) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۲۹.

(۶) محمّد المکی: الدروس: ۲/ ۱۲۸، الدرس ۱۴۶.

شهادته غیر ظاهر مضافاً إلی مکاتبهٔ الصفار إلی أبی محمّد علیه السّلام: هل تقبل شهادهٔ الوصی للمیت بدین له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: «إذا شهد معه آخر عدل، فعلی المدّعی یمین» «۱» فإنّ المراد من المیت هو الموصی، و قوله: «فعلی المدّعی الیمین» دلیل علی أنّ المدّعی غیر الوصی فینتج المنع إذا صار الوصی مدّعیاً و شاهداً، و الجواز فی غیره. و مثلها المکاتبهٔ الثانیهٔ ۲ حیث تشهد فیها «لوارث المیت»، فلا وجه لعدم القبول و إنّما أوجب الیمین علی المدّعی، مع أنّ علیه البیّنهٔ، ففیه وجوه محتملهٔ:

۱- إنّها للاستظهار لوجود التهمهٔ، کما ورد فی وصایا الإمام لشریح. ۳

۲- احتمال أن یکون المدّعی علیه أیضاً میتاً، فیکون أیضاً للاستظهار لاحتمال أدائه الدین و تؤیده المکاتبهٔ الثالثهٔ: «أو تقبل شهادهٔ الوصی علی المیت مع شاهد آخر عدل فوقع: نعم من بعد یمین» فإنّ المراد من المیت المشهود علیه. ۴

۳- احتمال سقوط «و إلّا» بین قوله: «معه آخر عدل» و قوله: «فعلی المدّعی الیمین».

و الحاصل أنّ الأصل فی البیّنهٔ العادلهٔ هو نفوذ شهادتها و منها الوصی، و لا یترک الأصل إلّا إذا انطبق علیه قوله: «إلّا فی شیء له فیه نصیب» أو عنوان المدّعی و فی غیر هذین الموردین تقبل و منه تظهر حال الوکیل.

الخامس: إذا شهد الوارث بجرح مورّثه

إذا شهد أنّ زیداً جرح من یرثه، فلا یخلو إمّا أن یموت بهذا الجرح أو لا، فعلی الأوّل لا تقبل الشهادهٔ لأنّه بمنزلهٔ شهادهٔ وارث الدم علی القتل فإنّها شهادهٔ

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

لنفسه.

نعم یمکن القبول فی صورهٔ خاصهٔ و هو لو کان المیت، المجروح مدیوناً یصرف دینه فی دینه، فإنّ النفع یرجع إلی الدیّان لا- إلی الوارث.

و أمّا إذا لم یمت فلا وجه لعدم القبول لأنّ شهادته للمورِّث المجروح لا لنفسه.

السادس: العاقلة تجرح شهود جنایة الصبی

من أسباب التهمة من ترد بشهادته ضرراً علی نفسه و من هذا القبیل:

مـا إذا اتُهِمَ الصبی بالجنایـة علی رجل و شـهدا اثنان علی جنایته فالدیـة تتوجّه علی العاقلـة، فلو جرح شـهود الجنایـة، لا یقبل منه لأنّه یستدفع بشهادته الضرر (الدیة) عن نفسه.

إلی هنا تمّت الفروع الواردة فی المسألة الأُولی لبیان موارد التهمة، و إلیک الکلام فی المسألة الثانیة فی هذا الصدد أیضاً.

المسألة الثانیة: فی العداوة المانعة عن قبول الشهادة

العداوة الدینیّة لا تمنع القبول، و إلّا یلزم منع شـهادةِ المسلم علی الکافر، و المؤمن علی المخالف، لأنّ هذه العداوة لو لم تؤکد العدالة لا تخالفها إنّما الکلام فی العداوة الدنیویة فقالَ المحقّق: إنّها تمنع سواء تضمّنت فسقاً أو لم تتضمن. فیقع الکلام فی الموارد التالیة:

۱- إذا تضـمّنت العـداوة الفسق کما إذا قذف المشـهودَ علیه أو ضـربه أو اغتابه بلا سـبب مبیح، فلا إشـکال فی المنع، لکنّه یرجع إلی فقدان الشرط الرابع أعنی العدالة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۷۱

۲ إذا لم تتضـمّن الفسق، مثل ما إذا کانت العـداوة بعـد حصول ضـرر أو أذی منه له، کما إذا ضـربه أو شـتمه، أو قتل من أرحامه، فإنّ القول بالمنع مع کونها نابعة عن سبب صالح، یحتاج إلی الدلیل.

و قد استدل للمنع بما یلی:

أ: روی الصدوق عن إسـماعیل بن مسلم عن الصادق عن أبیه عن آبائه علیهم السَّلام قال: «لا تقبل شهادة ذی شحناء أو ذی مخزیة فی الدین» «۱»، و إسـماعیل بن مسـلم هو السـکونی الـذی کنیته «أبو زیاد»، نعم روی الکلینی بسـنده عن السـکونی عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام أنّ أمیر المؤمنین علیه السَّلام کان لا یقبل شهادة فحّاش و لا ذی مخزیة فی الدین. ۲

و لو قلنا بوحـدة الروایتین، لأشـکل الاسـتدلالُ به لتردّد الصادر بین قوله: «شـهادة ذی شـحناء» أو «فحّاش» و الاسـتدلال یتمُّ علی الأوّل دون الثـانی و یمکن القول بتعـددها لأنّ الأُولی تروی قول الإمام علیه السَّلام و الثانیـة تروی فعله، و یمکن أن یکون محل الابتلاء هو الفحّاش دون ذی شحناء و علی فرض صحة الاستدلال فهی منصرفة إلی القسم الأوّل الموجب للفسق لا ما إذا کان لها وجه صالح.

ب: روی الصدوق مرسلًا فی معانیه: «و لا ذی غمز علی أخیه» و قد فسره الصدوق بالشحناء و العداوة. ۳

ج: و روی فی حـدیث آخر، قـال: لاـ تجوز شـهادة المریب و الخصم. ۴ و یحتمـل أن یراد به العـدو، کما یحتمل ضـعیفاً أن یراد أحد المتخاصمین فی المرافعة.

و علی کلّ تقدیر فبما أنّ حجّیة البیّنة، لا تخصِّص إلّا بالحجّة فالقدر المتیقن هو العداوة المورثة للفسق، لا ما إذا کانت نابعة عن أصل صالح طبیعی، علی نحو

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲، من أبواب الشهادات، الحدیث ۵، ۱.

(۲) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲، من أبواب الشهادات، الحدیث ۸، ۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۷۲

لا یختصّ بفرد دون فرد.

۳- ثمّ إنّ المحقّق فسّر العـداوة بأن یعلم من حال أحـدهما السـرور بمساءة الآخر و المساءة بسـروره، لکنّه لو کان للتمنی مبـدأ صالح

فطریّ کظلمه و شتمه، و ضربه، فلا وجه للمنع. نعم لو لم یکن له مبدأ صالح و إنّما کان نابعاً عن الحسد و نظیره، فهو داخل فی المنع.

۴- إذا کانت العداوهٔ من جانب المشهود علیه، لا الشاهد، فلا وجه للمنع و القدر المتیقن، هو عداوهٔ الشاهد، و إلّا لیقع ذریعهٔ لرد الشهادهٔ الحقّهٔ حیث تظهر العداوهٔ لإسقاط نفوذ شهادهٔ الآخر.

۵- إذا شهد العدوّ، لعدوه قبلت أخذاً بإطلاق حجّیهٔ البیّنهٔ و لأنّها فی هذا المورد تؤکد صدقها.

۶- لو شهد بعض الرفقاء لبعض، علی القاطع علیهم الطریق قال المحقّق: تمنع لتحقّق التهمهٔ. و الأصل فی ذلک روایهٔ محمّد بن الصلت: سألت أبا لحسن الرضا علیه السّلام عن رفقهٔ کانوا فی طریق فقطع علیهم الطریق و أخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: «لا تقبل شهادتهم إلّا بإقرار من اللصوص أو شهادهٔ من غیرهم علیهم». «۱»

و قد مضی تحقیق الکلام فی الحدیث عند البحث عن شهادهٔ الشریک و قلنا إنّ إطلاق حجّیهٔ البیّنهٔ محکّمهٔ ما لم یدلّ دلیل علی خلافه، فلو قلنا بأنّ الحدیث راجع إلی الشهادهٔ بکونهم قطاع الطریق لأجل اجراء الحدّ، فلا یصلح للاستدلال بها للمنع فی باب الأموال و الحقوق، و إن قلنا برجوعه إلیهما. فلو قلنا بأنّ سبب المنع هو الشرکهٔ فالقدر المتیقن ما إذا جرّ نفعاً، و إن قلنا بأنّ المانع هو العداوهٔ، فالقدر المتیقن ما إذا أوجب فسقاً لا ما إذا کان له مبدأ صالح

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷، من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

عقلائی. و بذلک یعلم أنّ رمی صاحب الجواهر بعض هذه الاحتمالات بأنّها اجتهاد فی مقابلهٔ النص غیر ظاهر.

المسألهٔ الثالثهٔ: فی أنّ النسب غیر مانع عن قبول الشهادهٔ

اشارهٔ

قال المحقّق: «النسب و إن قرب لا یمنع قبول الشهادهٔ، کالأب لولده و علیه، و الولد لوالده، و الأخ لأخیه و علیه، و فی قبول شهادهٔ الولد علی والده خلاف و المنع أظهر. سواء شهد بمال، أو بحقّ متعلّق ببدنه کالقصاص، و الحدّ» کما لو شهد الولد علی سرقهٔ الوالد أو قتله نفساً.

أقول: تضافرت الروایات و النصوص علی عدم مانعیهٔ الرابطهٔ النسبیهٔ عن نفوذ الشهادهٔ کما تضافرت الفتاوی علیه، و لأجل عدم خلاف بین الأصحاب نقتصر بذکر الکلمات عن نقل الروایات التی نقلها الحرّ العاملی فی وسائله.

اتّفق «۱» الأصحاب علی عدم کون النسب مانعاً إلّا أنّهم اختلفوا فی مقامین:

المقام الأوّل: فی جواز شهادهٔ الولد علی والده

۱- قال المفید: «تُقبل شهادهٔ الوالد لولده و علیه، و تقبل شهادهٔ الولد لوالده و لا تقبل شهادته علیه». «۲»

۲- و قال السیّد المرتضی: «و ممّا انفردت به الإمامیهٔ فی هذه الأعصار و إن روی لهما وفاق قدیم، القول: بجواز شهادات ذوی الأرحام و القرابات بعضهم لبعض إذا کانوا عدولًا من غیر استثناء لأحد إلّا ما یذهب إلیه بعض أصحابنا معتمداً علی خبر یرویه من أنّه لا یجوز شهادهٔ الولد علی الوالد و إن جازت شهادته له و یجوز شهادهٔ الوالد لولده و علیه». «۳»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات.

(۲) المفید: المقنعهٔ: ۷۲۶.

(۳) السيّد المرتضى: الانتصار: ۲۴۴.

و يظهر ممّا ذكره الشيخ و الشريف المرتضى أنّ الرأى السائد لأهل السنّة، هو مانعية النسب على وجه الإطلاق إلّا لفيف منهم قال بالجواز.

۳- قال الشيخ: تُقبل شهادة الوالد لولده و الولد لوالده، و تقبل شهادة الوالد على ولده، و لا تقبل شهادة الولد على والده، و به «۱» قال عمر، و عمر بن عبد العزيز و المزنى، و أبو ثور و إحدى الروايتين عن شريح و اختاره المُزنى، و قال باقى الفقهاء أنّها لا- تقبل ثمّ استدل على الجواز بعموم الآية (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) «۲» و (أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) «۳».

ثمّ قال شهادة الولد على والده لا- تقبل بحال. و قال الشافعى: إن تعلّق بالمال أو بما يجرى مجرى المال كالدين و النكاح و الطلاق قبلتْ، و إن شهد عليه بما يتعلّق بالبدن كالقصاص و حدّ الفرية، فيه وجهان: أحدهما «تُقْبل» و الثانى و هو الأصحّ أنّها لا تقبل. دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم فإنّهم لا يختلفون فيه. «۴»

۴- و قال الشيخ فى النهاية: لا بأس بشهادة الوالدة لولده و عليه مع غيره من أهل الشهادة و لا بأس بشهادة الولد لوالده و لا يجوز شهادته عليه. و لا بأس بشهادة الأخ لأخيه و عليه. «۵»

۵- و قال الحلبى: و لا تقبل شهادة العبد على سيّده و لا الولد على والده بما ينكرانه و تقبل شهادتهما عليهما بعد الوفاة. «۶»

۶- و قال سلّار: و إن شهد والد لولده، و عليه قبل، و الولد تقبل شهادته لوالده و لا تقبل عليه. «۷»

---

(۱) مرجع الضمير، قبول الشهادة فى غير الأخير و أمّا الأخير أى شهادة الولد على الوالد فقد تعرض بها فى المسألة الثانية.

(۲) البقرة: ۲۸۲.

(۳) الطلاق: ۲.

(۴) الطوسى: الخلاف: ۳، كتاب الشهادة، المسألة: ۴۵۴۴.

(۵) الطوسى: النهاية: ۳۳۰.

(۶) الحلبى: الكافى: ۴۳۵.

(۷) المراسم العلوية: ۲۳۳.

۷- قال ابن البرّاج: و لا شهادة الولد على الوالد و لا العبد على سيّد. «۱»

۸- و قال ابن حمزة: الولد تقبل شهادته لأبيه و لا تقبل عليه. «۲»

۹- و قال ابن إدريس: لا بأس بشهادة الوالد لولده و عليه، مع غيره من أهل الشهادة و لا بأس بشهادة الولد لوالده و لا يجوز شهادته عليه و قال السيّد المرتضى: تجوز أيضاً شهادته عليه و الأوّل هو المذهب و عليه العمل و الإجماع منعقد و لا اعتبار بخلاف من يعرف باسمه و نسبه. «۳»

۱۰ و قال العلّامة فى الإرشاد: و كذا تقبل شهادة النسيب على نسيبة إلّا الولد على والده خاصة. «۴»

۱- ۱ و قال ابن سعيد: «و تقبل شهادة ذوى النسب بعضهم لبعض، و عليهم إلّا شهادة الولد على والده فإنّها لا تقبل حيّاً و تقبل شهادته عليه بعد موته. «۵»

۲- ۱ و ذكر العلّامة فى مختلف الشيعة أنّه مختار ابنى بابويه.

أقول: لا شكّ فى أصل الحكم و عدم مانعية الرابطة النسبية إنّما الكلام فى صحّة الاستثناء و هى تعتمد على الأُمور التالية:

أ: الشهرة الفتوائية تكشف عن وجود النصّ و إن لم يصل إلينا بعينه، و قد أشار الصدوق إلى ذلك النصّ بقوله: «و فى خبر آخر أنّه لا تقبل شهادة الولد على والده». «۶»

ب: قوله سبحانه: (وَ صَاحِبْهُمَا فِى الدُّنْيَا مَعْرُوفاً) (لقمان/ ۱۵) بدعوى أنّ ردّ قول الوالد و تكذيبه يضادّ المصاحبة بالمعروف.

---

(۱) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۸.

(۲) ابن حمزة: الوسيلة: ۲۳۱.

(۳) ابن إدريس: السرائر: ۱/ ۱۳۴.

(۴) مجمع الفائدة، قسم المتن: ۱۲/ ۴۰۴.

(۵) ابن سعيد الحلى: الجامع للشرائع: ۵۳۹.

(۶) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۷۶

ج: هو نوع عقوق يمنع عن قبول الشهادة.

أقول: إنّ الشهرة الفتوائية لا تقبل الإنكار و لم يعلم الخلاف من السيّد، على نحو القطع و الجزم، لأنّه بصدد بيان أصل الحكم أى أنّ النسب لا- يمنع عن جواز الشهادة إجمالًا و عند ذلك نسب الاستثناء إلى بعض علمائنا من دون تبيين لرأيه فيه. نعم فهم ابن إدريس كما مرّ من كلامه، خلاف ما استظهرناه و أنّ شهادة الولد على الوالد نافذة عنده. و يظهر من العلّامة فى الإرشاد، التردّد، و نقل التردد عن تحريره أيضاً، لكنّه فى المختلف أفتى بمذهب المشهور «۱» لكن الّذى يصدّنا عن الاعتماد على مثل تلك الشهرة أنّها مستندة إلى ما فهموه من ظاهر الكتاب و أنّ نفوذها على خلاف المصاحبة بالمعروف أو أنّه عقوق و من المعلوم عدم دلالته على ما راموه، فإنّ الآية بصدد بيان حكم المعاشرة بما هى هى، مع قطع النظر عن سائر الطوارئ كما إذا كانت فى السكوت، إماتة للحقّ، و إحياء للباطل فهى غير ناظرة إلى هذه الصور.

و منه يظهر حال العقوق، فإنّ حرمتها سواء أ فسرت بالعصيان و ترك الشفقة و الإحسان و الاستخفاف أم بغيرها ناظر إلى الحياة العاديّة و لا- حكومة لها على سائر الواجبات و المحرّمات، فلو كانت إطاعته سبحانه موجبة للعقوق، فلا عبرة بمثل ذلك العقوق قال سبحانه: (وَ إِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا) (لقمان/ ۱۵).

و إن شئت قلت: إنّ ما دلّ على لزوم المصاحبة بالمعروف أو الاجتناب عن العقوق كدليل النذر و اليمين ناظر إلى ما هو مباح و حلال بالذات و أمّا المحرّم و الواجب، فلا- يقلّبهما عما هو عليه، فلا يكون الحرام جائزاً إذا كان تركه على خلاف المصاحبة بالمعروف أو موجباً للعقوق كما لا يكون حلالًا بالنذر و اليمين، و مثل الحرام، الواجب فلا ينقلب عمّا هو عليه بهذه الطوارئ و العوارض.

---

(۱) العلّامة الحلّى: مختلف الشيعة، الفصل السابع فى الشهادات: ۱۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۷۷

هذا و أنّ دليل القول بجواز الشهادة قوىّ جدّاً، فانّه يعتمد:

على قوله سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ) (النساء/ ۱۳۵). فإنّه صريح فى جواز الشهادة على الوالدين و التحريض على الشهادة دليل على قبولها و إلّا يكون لغواً.

و قد اتّفقت كلمة الأصحاب على قبول شهادة الولد على الوالدة و إنّما الخلاف فى شهادته على الوالد.

و تؤيّد الجواز رواية على بن سويد السائىّ عن أبى الحسن عليه السَّلام فى حديث قال: كتب فى رسالته إلىّ: «سألتَ عن الشهادات لهم

فأقم الشهادهٔ للّه و لو علی نفسک أو الوالدین و الأقربین فیما بینک و بینهم، فإن خفت علی أخیک ضیماً فلا» «۱»، و الضیم هو الظلم.

المقام الثانی: فی شهادهٔ الزوج و الزوجهٔ

اشارهٔ

هـذا هو المقام الثانی الـذی أشـرنا إلیه فیما سبق، و قد تبیّن أنّ العلقهٔ النسبیّهٔ غیر مانعهٔ عن قبول الشّـهادهٔ إلّا فی مورد واحد علی رأی بعض الأصـحاب و أمّا الرابطهٔ السببیهٔ، فغیر مانعهٔ بالاتّفاق منّا و أمّا أهل السنّهٔ فهم علی طوائف ثلاثهٔ بین قائلهٔ بالجواز مطلقاً کالشافعی أو نافیهٔ مطلقاً، کأهل العراق، و مفصّـلهٔ بین شـهادهٔ الزوج لزوجته فتُقبل دون العکس. «۲» إنّما الکلام بین أصـحابنا فی لزوم ضمّ عدل آخر، بحیث لولاه لما ترتّب الأثر علی الشهادهٔ مطلقاً و إن ضمّ إلیها یمین، و عدم لزومه.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱ و رواه فی الباب ۱۹ عن داود بن الحصین برقم ۳.

(۲) ستوافیک نصوصهم عن کتاب الخلاف للشیخ الطوسی.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۷۸

توضیحه: انّه قـد تبیّن فیما سبق و ستوافیک، حجّیـةُ شـهادهٔ العدل الواحد مع الیمین، فی مورد المال و الحق. کما أنّ من المحقّق فی محلّه حجّیـهٔ شـهادهٔ المرأهٔ الواحـدهٔ فی رُبع میراث المُستهل، و فی ربع الوصـیهٔ. فعندئـذ، لو قلنا بعـدم لزوم ضمّ العـدل الآخر فی کلا المقـامین، تکون شـهادهٔ الزوج و الزوجـهٔ کشـهادهٔ غیرهمـا، فیجری فیهمـا مـا یجری فی غیرهما فتکفی مع شـهادهٔ الزوج یمین المرأهٔ، لکفایـهٔ العـدل الواحـد مع یمین المـدّعی فی غیر مورد الزوجیّهٔ أیضاً أو تکفی شـهادهٔ الزوجهٔ وحدها لإثبات ربع الوصـیهٔ لزوجها و لا عبرهٔ بیمین الرجل المـدّعی إذا کان الشاهد امرأهٔ. و أمّا لو قلنا بلزوم الانضـمام، تخرج شـهادهٔ الزوج و الزوجهٔ عن الضابطین فلا تکفی فی مورد شهادهٔ الزوج، یمین زوجته، و لا تکفی شهادهٔ الزوجهٔ لإثبات رُبْع الوصیّهٔ، لزوجها.

و أمّا کلمات الأصحاب فهی علی ثلاثهٔ أوجه:

أ: فمنهم من لم یشترط الانضـمام و جعـل شـهادهٔ أحـد الزوجین کشـهادهٔ غیرهمـا من بـاب واحـد، کالمفیـد فی المقنعـهٔ و الشیـخ فی الخلاف، و ابن إدریس فی السـرائر، و ابن سـعید فی الجامع و هم بین من لم یذکر من الضـمیمهٔ شیئاً کالشیخ فی الخلاف، أو ذکره و لکن صرّح بکفایهٔ یمین الزوجهٔ کالمفید فی المقنعهٔ و ابن إدریس فی السرائر.

قـال المفیـد: تقبـل شـهادهٔ الرجـل لامرأته إذا کان عـدلًا أو شـهد معه آخر من العـدول أو حلفت المرأهٔ مع الشـهادهٔ لها فی الـدیون و الأموال. «۱»

و قـال الشیـخ فی الخلاـف: تُقبـل شـهادهٔ أحـد الزوجین للآخر، و به قال الشافعی، و قال أهل العراق: لا تقبل، و قال النخعی و ابن أبی لیلی: تقبل شهادهٔ الزوج لزوجته، و لا تقبل شهادهٔ الزوجهٔ لزوجها. «۲»

---

(۱) المفید: المقنعهٔ: ۷۲۶.

(۲) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۴۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۷۹

۳ و قـال ابن إدریس بعـد التصـریح بجواز شـهادهٔ کلّ للآخر مع عـدل آخر: و قولنا فی جمیع ذلک إذا کان معه غیره من أهل العـدالهٔ علی ما أورده بعض أصحابنا و إلّا إذا لم یکن معه غیره تجوز أیضاً شهادته له، مع یمین المدّعی فیما یجوز قبول شهادهٔ الشاهد الواحد مع الیمین. «۱»

۴- و قال ابن سعید: و تقبل شهادة أحد الزوجین للآخر و علیه. «۲»

فتری أنّ الشیخ فی الخلاف و ابن سعید فی الجامع لم یحدِّثا عن ضمّ العدل بشیء، و لکن الشیخ المفید و ابن إدریس و إن ذکرا ضمّ عدل آخر و لکن استدرکوا بأنّه لا لخصوصیة له، و إنّما هو لأجل إکمال البیّنة و إلّا فحیث تکفی شهادة الزوج وحدها یثبت المدّعی بیمین المدّعی (الزوجة).

ب: منهم من یشترط وجود عدل آخر فی کلا الطرفین، فی نفوذ الشهادة لا لإکمال البیّنة.

۵- قال الشیخ فی النهایة: و لا بأس بشهادة الرجل لامرأته و علیها إذا کان معه غیره من أهل العدالة، و لا بأس بشهادتها له، و علیه فیما یجوز قبول شهادة النساء إذا کان معها غیرها من أهل الشهادة. «۳»

۶- و قال ابن البرّاج: شهادة الزوج لزوجته و علیها، مع غیره من أهل العدالة. «۴»

تری أنّ العلمین یذکران العدل الآخر بعنوان القیدیة لا لأجل إکمال البیّنة نعم اقتصر ابن البرّاج بذکر شهادة الزوج و لم یذکر الزوجة، و یعلم حکمها من اشتراط العدل فی شهادة الزوج، بوجه أولی لأنّه إذا لم تکن شهادة الزوج نافذة

---

(۱) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۴ و حاصله أنّه إذا لم یکن معهما عدل آخر تقبل شهادة الزوج مع یمین المدّعی، دون الزوجة.

(۲) ابن سعید: الجامع للشرائع: ۵۳۹.

(۳) الطوسی: النهایة: ۳۳۰.

(۴) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۸۰

وحدها بل مشروطة بضمّ العدل، فشهادة الزوجة له تکون مشروطة بطریق أولی

ج: و منهم من فصَّل بین شهادة الزوج فلم یعتبر و شهادة الزوجة فاعتبره.

۷- قال المحقّق: «و کذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، و الزوجة لزوجها، مع غیرها من أهل العدالة» «۱».

ثمّ إنّ المحقّق علّل وجه التفصیل بقوله: «و لعلّ الفرق إنّما هو لاختصاص الزوج بمزید القوة فی المزاج من أن تجذبه دواعی الرغبة».

قال: و تظهر الفائدة فی الزوجة لو شهدت لزوجها فی الوصیة.

هذه کلمات الأصحاب و إلیک النصوص:

۱- صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: قال: «تجوز شهادة الرجل لامرأته. و المرأة لزوجها إذا کان معها غیرها». «۲»

و فی السند علی بن الحکم و أبو المعزاء و الأوّل مشترک بین الثقة و غیرها و تُمیّز الثقة، بروایة أحمد بن محمّد بن عیسی عنه کما فی المقام. و الثانی هو حمید ابن المثنی الصیرفی الذی قال النجاشی فی حقّه: «ثقة ثقة».

و أمّا الدلالة، فلو قلنا بأنّ الضمیر فی «معها» یرجع إلی الزوجة، یکون دلیلًا علی قول المحقّق المفصِّل بین الزوج و الزوجة، و لو قلنا برجوعه إلی الشهادة، المعلومة من القرینة، فیکون دلیلًا علی القول الثانی کما قیل و فیه تأمّل. و لکن الظاهر هو الأوّل بشهادة الموثقة الآتیة.

۲- موثقة سماعة قال: سألته عن شهادة الرجل لامرأته قال: «نعم» و المرأة لزوجها؟ قال: «لا إلّا أن یکون معها غیرها». «۳»

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۱

۳ صحيح عمار بن مروان قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام، أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته قال: «إذا كان آخر جازت شهادته معه لامرأته». «۱» و فى بعض النسخ مكان «آخر»، «خيراً» و لكنّه لا يلائم مع قوله: «معه» و الرواية صحيحة و عمّار بن مروان هو اليشكرى الذى وثّقه النجاشى مع أخيه عمرو و قال: «هو و أخوه عمرو ثقتان» و إذا كان نفوذ شهادة الزوج مشروطاً بعدل آخر لكان نفوذ شهادة الزوجة أيضاً مشروطاً به لعدم القول بالتفصيل بهذا المعنى فيكون الصحيح دليلًا على الاشتراط مطلقاً.

فتلخّص أنّ الأوّلين دالان على التفصيل الوارد فى كلام المحقّق، و الثالث دالّ على القول الثانى أى الاشتراط مطلقاً و لم نجد دليلًا على القول الأوّل أى عدم الاشتراط مطلقاً، سوى إطلاق حجّية قول الشاهد مع يمينه، و إن كان الشاهد زوجاً أو إطلاق حجّية قول المرأة فى إثبات ربع الوصية و إن كانت المرأة، زوجة المشهود له.

و يمكن أن يقال: إنّ الزوج و الزوجة فى المقام سيّان لا فرق بينهما، و أنّ اشتراط ضمّ آخر إليها فى صحيح الحلبى و موثقة سماعة، لأجل أنّه لو لا الانضمام، إلى شهادة الزوجة، لا يثبت بشهادتها شىء، إلّا مورد نادر و هو إثبات ربع الوصية و لأجل ذلك اشترط ضم آخر إليها، و هذا بخلاف الزوج فإنّه تثبت بشهادته بلا ضمّ آخر، الأموال و الحقوق، إذا حلفت الزوجة، و هو فى نفسه كثير، فلم يذكر فى شهادة الزوج انضمام عدل آخر و على ذلك فالخبران ناظران إلى غير باب الوصيّة، فحينئذ، صيانة شهادة الزوجة عن اللغوية (فى غير الوصية) يتوقف على الانضمام، دون الرجل، فإنّه لو لم ينضمّ إليه عدل آخر، لما لزمت اللغويّة لكفاية شهادة الرجل فى الحقوق و الأموال مع يمين المدّعى (الزوجة).

و لعل من شرط الانضمام فى شهادتها كالطائفة الثانية و الثالثة يريدون ذلك

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۲

لا أنّه لا يثبت شىء بشهادتها بلا ضم، حتّى ربع الوصية.

بقى الكلام فى صحيح عمار بن مروان حيث يشترط الانضمام مطلقاً، و لعلّه ناظر إلى مجال أوسع من باب الحقوق و الأموال، و من المعلوم أنّه لا يثبت بشهادة الزوج و لو انضم إليها يمين المدّعى، كثير من الأُمور، إلّا أن يضم إليها عدل آخر أو امرأتان.

ثمّ إنّ المراد من قوله: «إذا كان معها غيرها» فى صحيح الحلبى و الموثقة، ما يكفى فى إثبات المطلوب، و عليه لا يكفى ضم امرأة عادلة أو رجل عادل، بل لا بدّ من ضمّ امرأة و رجل حتى تكتمل البيّنة، و هذا بخلاف المراد من الانضمام فى ناحية الزوج فيكفى الرجل الواحد، أو الامرأتان.

ثمّ إنّ مورد الروايات كمورد شهادة الوالد أو الولد هو جواز شهادة أحد الزوجين لآخر، و يمكن إلحاق صورة الشهادة على أحدهما به و ادعاء الأولوية، لابتعادها عن التهمة و يمكن أن يتمسك فى إثبات الجواز بإطلاق أدلّة حجّية شهادة العدل إذا تمّت شرائطها، كما لا يخفى.

شهادة الصديق لصديقه

و تقبل شهادة الصديق لصديقه و إن تأكدت بينهما الصحبة و الملاطفة، لأنّ المفروض عدالته و ليس مطلق التهمة مانعة، و منه يُعلم جواز شهادته عليه بالأولوية. و لشمول أدلّة حجّية شهادة العدل لكلتا الصورتين.

المسألة الرابعة: فى عدم نفوذ شهادة السائل

اتّفقت كلمة الأصحاب على عدم جواز شهادة السائل فى الجملة، و إن اختلفوا فى بعض مصاديقه:

و قبل أن نذكر كلمات الأصحاب، نذكر صوره المختلفة حتى نكون فى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۳

دراسة الروايات على بصيرة.

إنّ الاستجداء و سؤال الناس له صور مختلفة:

أ: السائل بكفّه مع اتّخاذه حرفة و ربّما يملك معاش شهر أو سنة، و مع ذلك يستجدى كلّ يوم بكفه لأنّه اتّخذه حرفة.

ب: المستجدى بالدوران على الأبواب و الأسواق و الناس و ربّما يقنع بقليل من النقد و المتاع و شيء من الخبز و يتخذه مهنة.

ج: من تدفعه الضرورة فى الحياة إلى الاستجداء على وجه مؤقت، و ربّما يكون الداعى إليه، هو تأخير راتبه التى يصل إليه من بلده، أو طروء حادث قاصم، لا يقيم ظهره إلّا السؤال بالكف أو بالدوران.

د: من يسأل الناس و يطلب الإعانة بالمباشرة و بنفسه مع الوقار، و المذاكرة على نحو يحفظ شرفه و كرامته، و لا يريق ماء وجهه.

ه: من يسأل الناس لا بالمباشرة و بنفسه، بل يتوسط بعض الناس فى جلب الأموال إليه سواء كان الإرسال بواسطة، أو بلا واسطة و إن كان لها دور فى توجيه الناس إليه.

و: الطفيلى و هو من يحضر طعام الغير بلا دعوة.

هذه هى صور المسألة، و إليك نصوصَ الأصحاب، لدراسة تبيين سعتها لجميع الصور أو بعضها:

۱- قال الشيخ: لا تجوز شهادة السائلين على أبواب الدور و فى الأسواق، و تجوز شهادة ذوى الفقر و المسكنة المتجملين، الساترين لأحوالهم إذا حصل لهم شرائط العدالة. «۱»

---

(۱) الطوسى: النهاية: ۳۲۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۴

۲ و قال ابن البرّاج: و لا شهادة السائلين فى الأسواق و لا على أبواب الدور. «۱»

۳- و قال ابن إدريس: قد روى أنّه لا تجوز شهادة السائلين على أبواب الدور و فى الأسواق و إن كانت شرائط العدالة فيهم حاصلة، إلّا أنّ ذلك يختص بمن يكون ذلك عادتَه و صناعتَه، و يتخذ ذلك حرفة و صناعة و بضاعة فأمّا من أخرجته ضرورة مُجحفة فى بعض الأحوال، فلا تردّ شهادتُه بحال لأنّه لا دليل على ذلك و قد أعطينا الرواية الواردة بذلك حقّها. «۲»

و وافقه المحقّق و قال: و لو كان ذلك مع الضرورة نادراً لم يقدح فى شهادته. «۳»

۵- و قال العلّامة بعد نقل كلام ابن إدريس: الوجه المنع. «۴»

۶- و استحسن الشهيد تفصيل المحقّق فى المسالك. «۵»

و أمّا الروايات فهى كما تلى:

۱- صحيح على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن موسى عليه السّلام قال: سألته عن السائل الذى يسأل بكفّه هل تقبل شهادته؟ فقال: «كان أبى لا يقبل شهادته إذا سأل فى كفّه» «۶» و فى سند الحديث «العمركى» و هو ابن على البوفكى و «بوفك» قرية بنيسابور، وثّقه النجاشى.

۲- موثق محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «ردّ رسول اللّه صلّى الله عليه و آله و سلّم شهادة السائل الذى يسأل فى كفّه» قال أبو جعفر عليه السّلام: «لأنّه لا يُؤمن على الشهادة و

---

(۱) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۸.

(۲) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۲۲.

(۳) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۰.

(۴) العلامة الحلى: مختلف الشيعة، كتاب القضاء: ۱۶۶.

(۵) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۵۲.

(۶) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۵

ذلك لأنّه إن أُعطى رضى و إن مُنع سخط». «۱»

و فى السند ابن فضال و الظاهر أنّ المقصود هو والد الحسن بنعلى بن فضال بشهادة رواية ابن خالد عنه و فى رواية الشيخ جاء التعليل جزء من كلام الرسول.

۳- معتبر الحميرى فى قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال: سألته عن السائل بكفّه أ تجوز شهادته؟ فقال: «كان أبى يقول: لا تقبل شهادة السائل بكفه». ۲

لا شكّ فى شمول الروايات، لمن يتخذ الاستجداء مهنة و حرفة سواء أ كان السؤال بالكف، أو بالدور على الأبواب و الناس، و الذوق الفقهى يساعد إلغاء خصوصية السؤال بالكف، كما لا شكّ فى عدم شموله، لمن دفعته الضرورة إلى الاستجداء بكلا الطريقين على وجه لم يتخذه مهنة و إنّما اتخذه طريقاً لسدّ الجوع و صيانة الحياة.

إنّما الكلام فى مَن يسأل الناس مباشرة و بنفسه، لكن مع حفظ الوقار و الكرامة و اختار الشهيد الثانى دخوله فيها، قائلًا بأنّ المراد بالسائل بكفّه، من يباشر السؤالَ و الأخذَ بنفسه و السؤال فى الكفّ كناية عنه. ۳

و لكن الظاهر عدم دخوله فيها للفرق الواضح بين الأوّلين و هذا القسم، ففيهما يصدق قوله عليه السّلام: «إنّه لا يؤمَنُ على الشهادة و ذلك لأنّه إن أعطى رضى و إن منع سخط» و التعليل و إن لم يكن من قبيل ملاكات الأحكام و مناطاته بل من قبيل الحِكَم و النكات، لكنّه يصلح لأن يكون سبباً لانصراف الروايات عن القسم الرابع لعدم وجوده فيه. و إنّما يوجد بوجه غالبى فى القسمين الأوّلين.

و منه يظهر حال القسم الخامس و عدم دخوله تحت الروايات، و أمّا الطفيلى

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب الشهادة، الحديث ۲، ۳.

(۲) ۳ زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۶

فهو خارج عن موردها و إلحاقه بها، أشبه بالقياس إلّا إذا اتخذه حرفة و مهنة و يرصد كلّ يوم و ليلة، الضيافات، حتى يدخل فى زمرة المدعوين و هذا أيضاً لو سُمِحَ له بالدخول يرضى و إن مُنِعَ سخط.

ثمّ إنّ السؤال و الاستجداء إذا تضمّن كذباً أو تدليساً، فهو حرام موجب للفسق، و إلّا فلا دليل على حرمته سوى كونه موجباً لإراقة ماء الوجه و هدم الكرامة الإنسانية و لعلّه كاف فى حرمته و إيجاد الفسق، و قد ورد فى الحديث أنّ اللّه تبارك و تعالى فوّض إلى المؤمن كلّ شىء إلّا إذلال نفسه ... «۱» قال سبحانه (لِلْفُقَرٰاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللّٰهِ لٰا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْباً فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجٰاهِلُ أَغْنِيٰاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمٰاهُمْ لٰا يَسْئَلُونَ النّٰاسَ إِلْحٰافاً وَ مٰا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللّٰهَ بِهِ عَلِيمٌ) (البقرة/ ۲۷۳).

فلو قلنا بأنّ القيد احترازى و أنّ معنى الآية: هؤلاء الّذى أُحصروا فى سبيل الحقّ، لا يسألون الناس إلحافاً و إنّما يسألونهم بلا إلحاف و إصرار، فيكون دليلًا على عدم كون السؤال مذموماً للفقير الواقعى إذا كان مجرداً عن الإصرار و أمّا لو قلنا بأنّ القيد ناظر إلى بيان حال

نوع الفقراء حیث یسألون الناس إلحافاً و إصراراً، و معنی الآیـة أنّ هؤلاء المحصورین لیسوا من هذه الطبقة، فیکون معنی الآیة أنّهم لا یسألون أبـداً و إن کـان النبیّ یعرفهم بسیماهم و بعلامـة موجودة فی وجوههم، فتکون الآیـة دلیلًا علی ذمّ السؤال مطلقاً و إن کان مع الإصرار أشدّ. إلّا إذا وجب لحفظ الحیاة فیرتفع الذمّ.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج۲، ص: ۲۸۶

المسألة الخامسة: فی شهادة الضیف و الأجیر

اشارة

اتّفقت کلمة الأصحاب علی أنّه تجوز شهادة الضیف للمضیِّف و علیه،

(۱) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۱۲ من أبواب الأمر بالمعروف، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۸۷

مثـل اتّفـاقهم علی جـواز شـهادة الأـجیر علی المـوجر، و إنّمـا اختلفت فی جواز شـهادته للموجر علی قولین فالمشـهور من عصـر والد الصـدوق الّذی توفی عام ۳۲۹ و ولـده المتوفی عام ۳۸۱ إلی عصـر ابن حمزة صـاحب الوسـیلة الـذی توفی حوالی عام ۵۵۰ هو عدم الجواز تمسکاً بنصوص ستة دالّة علی المنع و أوّل من خالفهم و أفتی بجوازها هو ابن إدریس (۵۹۸۵۴۳) و تبعه المحقّق (۶۷۶۶۰۲) و العلّامـة فی کتابیه: الإرشاد و المختلف، و الشـهید الثانی و المحقّق الأردبیلی، فأصـبحت المسألـة ذات قولین أحـدهما للقـدماء و الآخر للمتأخرین إلّا ابن سـعید فإنّه وافق القـدماء کما سـیوافیک و الکلّ یسـتمدّ من الدلیل النقلی و مورد الخلاف فیما إذا تحمّل الشـهادة و أدّاهـا و هو بعـدُ لم یفـارقه و أمّـا إذا أدّی بعـد مفـارقته الموجرَ، فلاـ خلاـف فیه. ثمّ إنّ الخلاف فی الأجیر و الموجر، لا فی الموجر و المستأجر و إلیک نقل کلماتهم:

۱- قال الشـیخ: و من أشـهد أجیراً له علی شـهادة ثمّ فارقه، جازت شـهادته له، و تجوز شـهادته علیه و إن لم یفارقه، و لا بأس بشـهادة الضیف إذا کان من أهلها. «۱»

۲- و قال أبو الصلاح الحلبی: و لا تقبل شهادة الشریک فیه و لا الأجیر لمستأجره. «۲»

۳- و قال ابن البرّاج: شهادة الأجیر علی مستأجره سواء کان مقیماً معه أو کان قد فارقه، و شهادته له بعد مفارقته. «۳»

۴- و قال ابن حمزة: لا تقبل شهادة خمسة نفر ... و الأجیر إذا شهد لمستأجره ما دام معه. «۴»

(۱) الطوسی: النهایة: ۳۲۷.

(۲) الحلبی: الکافی: ۴۳۶ و المراد من المستأجر، هو الموجر فلا تغفل.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۶.

(۴) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۳۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۸۸

۵ و أوّل من خالف الرأی العام، هو ابن إدریس فقال:

و لا شهادة الخصم و الخائن و قال شیخنا «و الأجیر» و هذا خبر واحد لا یُلْتفت إلیه و لا یُعرّج علیه بل شهادة الأجیر مقبولة سواء کانت

على من استأجره أو له، و سواء فارقه أم لم يفارقه لأنّ أصول المذهب تقتضى قبول هذه الشهادة و هو قوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲) و (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و لا مانع يمنع من قبول شهادته و هذا عدل فينبغى أن تُقْبَلَ شهادتُه فلأنّه لا يَجرُّ بشهادته إليه نفعاً و لا يدفع عنه ضرراً و لا يعرف بشىء من أسباب الفسق، و لا دليل على ردّ شهادته من كتاب و لا سنة مقطوع بها و لا إجماع إلى أن قال: و لا بأس بشهادة الضيف إذا كان من أهلها. «۱»

۶- و قال المحقّق: تقبل شهادة الأجير و الضيف و إن كان له ميل إلى المشهود له لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة. «۲»

۷- و قال ابن سعيد: و تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ... و الأجير على مستأجره و له بعد مفارقته. «۳» و مفهومه عدم الجواز إذا لم يفارق و هو موافق لفتوى القدماء كما عرفت.

۸- و قال العلّامة: و تقبل شهادة الأجير و الضيف. «۴»

۹- و قال فى المختلف: و الوجه عندى أنّ شهادته إن تضمنت تهمة أو جرّ نفع لم تقبل و عليه تحمل الروايات المانعة. ۵

۱۰ و قال الشهيد الثانى: إنّ القول بالقبول أجود. ۶

---

(۱) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۲۳۱۲۱.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۰.

(۳) ابن سعيد الحلى: الجامع للشرائع: ۵۳۹.

(۴) ۴ و ۵ ابن المطهر الحلى: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۵۸ و مختلف الشيعة، كتاب القضاء: ۱۶۶.

(۵) ۶ زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۸۹

۱۱- و قال المحقّق الأردبيلى بعد المناقشة فى سند الروايات المانعة و دلالتها: و لكن عموم أدلة القبول و الجواز كثيرة و ليس فى المنع شىء عن صحيح صريح، فالمصير إليه و تخصيص الأدلّة مشكل. «۱»

أقول: إنّ مقتضى القواعد العامة هو القبول، و الردّ يحتاج إلى الدليل، إذ يكفى فى الجواز الآيتان المباركتان و عموم أدلّة حجّية البيّنة و ما جاء فى رواية مسعدة بن صدقة، «و الأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة» «۲» إنّما المهم دراسة أدلة القائلين بالمنع، و إليك سردها:

۱- موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً» قال: «و يكره شهادة الأجير لصاحبه، و لا بأس بشهادته لغيره و لا بأس به له بعد مفارقته». «۳»

يلاحظ عليه: أنّ الحديث كسيف ذى حدَّين، صالح للاستدلال لكلا القولين، أمّا الجواز، فلظهور لفظ الكراهة فيه و أنّها ليست ممنوعة منعاً باتّاً، مضافاً إلى أنّ مفهوم قوله: «و لا بأس به له بعد مفارقته» وجود البأس قبل مفارقته و هو يعادل الكراهة لا الحرمة، و أمّا المنع، فلما ذكره الأردبيلى من أنّ الكراهة المصطلحة هنا بعيدة إذ لو كانت الشهادة مقبولة، ينبغى وجوبها عيناً مع الغير و إلّا كفاية «۴» و بعبارة أُخرى أنّ مورد الشهادة هو الحقوق و الأموال، فلو كانت الشهادة جامعة الشرائط، يجب القبول، و إلّا فيحرم، و لا تتوسط الكراهة بينهما فى مورد الشهادة، من غير فرق بين الأداء و القبول.

۲- صحيح صفوان عن أبى الحسن عليه السّلام قال: سألته عن رجل أشهد أجيره

---

(۱) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۰۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۴ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

(۴) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۰۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۹۰

على شهادة ثمّ فارقه أ تجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: «نعم و كذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته». «۱»

أقول: إنّ القيد جاء فى كلام الراوى و ثبوت الحكم للموضوع المقيّد فى لسانه لا يكون دليلًا على عدمه عند انتفاء القيد. اللّهمّ إلّا أن تستظهر مدخليته فى الحكم من تكراره فى لسان الإمام فى العبد الذى عطفه الإمام عليه مع هذا القيد و إن لم يسأله الراوى عنه.

۳- موثق سماعة قال: سألته عمّا يرد من الشهود، قال:: المريب، و الخصم، و الشريك و دافع مغرم، و الأجير و العبد و التابع و المتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهادتهم». «۲» و فى السند «الحسن» و هو الحسن بن على بن زياد الوشاء، و هو من الطبقة السادسة الذى يروى عنه الحسين بن سعيد الأهوازى و هو من الطبقة السابعة و الحديث موثق. و قد جاء الأجير مقابل التابع، و لعلّ المراد من الثانى خادم البيت و هذه الروايات الثلاث صالحة للاحتجاج سنداً و مضموناً، و أمّا الثلاث الآتية فلا تصلح إلّا للتأييد.

۴- خبر العلاء بن سيّابة عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السّلام لا يجيز شهادة الأجير». «۳» و هو ضعيف السند، و المحكىّ عمل الإمام لا قوله فلا يؤخذ بإطلاقه، إلّا يستظهر أنّ ملاك المنع هو كونه أجيراً فقط، لا كونه جارّاً لنفسه النفع أو دافعاً عن نفسه الضرر.

۵- روى الصدوق مرسلًا فى الفقيه: و قال فى حديث آخر قال: لا تجوز شهادة المريب و الخصم و دافع مغرم أو أجير أو شريك أو متهم أو تابع. «۴»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۲۹۱

۶ و روى أيضاً مرسلًا فى معانى الأخبار قال: «قال النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا تجوز شهادة خائن ... و لا التابع من أهل البيت» «۱» و فسره الصدوق بالخادم و التابع و الأجير.

و الحديثان الأخيران ضعيفان للإرسال و الأحاديث التى يمكن الاحتجاج بها هى الثلاثة الأُوَل و لعلّها كافية، فما ذهب إليه القدماء أقوى و لكن المتأخرين القائلين بالجواز أوّلوا الروايات المانعة بالنحو التالى:

۱- الممنوع هو الإشهاد و أمّا إذا تحمّل مع المنع تجوز شهادته و يؤيده أنّ الوارد فى صحيح صفوان، هو الإشهاد قال: سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثمّ فارقه أ تجوز شهادته له بعد أن يفارقه. «۲»

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنّ القيد فى لسان الراوى، لا الإمام، و قد أتى به مقدمة للسؤال عن حكم نفس الشهادة على أنّه لا يساعده لسان سائر الروايات، فانّ المطلوب فيها هو بيان حكم الشهادة، و أدائها لا الإشهاد و التحمّل.

۲- حمل المنع على الكراهة، و لكنّه لا تساعده موثقة سماعة لأنّه ورد الأجير فيها فى عداد الشريك و دافع مغرم، و لا يمكن حمل النهى فيهما على الكراهة و المرجوحية على أنّك عرفت أنّه لا معنى للمرجوحية.

۳- حمل المنع على ما إذا كانت هناك تهمة كجلب نفع أو دفع ضرر كما لو شهد بدفع الثوب لمن استأجره على قصارته أو خياطته.

يلاحظ عليه: أنّ الردّ يكون عندئذ أمراً استثنائياً و عندئذ يطرح السؤال التالى و هو إذا كان الأصل هو القبول، فلما ذا ذكر عدمه بصورة

الضابطة؟

۴- المراد هو الخادم الذی یوجر جمیع منافعه، کما فسر به الصدوق، بقرینة

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸ و لاحظ الفقیه: ۳/ ۲۵ ط النجف و معانی الأخبار، باب التابع و المعترّ: ۲۰۸ ط الغفاری.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۹۲

قوله: «فارقه» فیکون الدلیل أخصّ من المدّعی، و لا یدلّ علی ردّ شهادة کلّ أجیر و إن کان أجیراً یوماً أو یومین و شهد.

و الذی تسکن إلیه النفس هو الأخذ بالمنع، غیر أنّه إذا أعاد الشهادة بعد المفارقة، تقبل قطعاً، کما سیوافیک فی مبحث اللواحق.

بحث فی اللواحق

الأولی: هل یشترط کون الشاهد جامعاً لشرائط القبول حین تحمل الشهادة،

أو یکفی کونه کذلک حین التأدیة فتظهر الثمرة فی الصغیر و الکافر، و الفاسق المعلن إذا عَرفوا شیئاً و تحمّلوه و هم فی تلک الحال المانعة من القبول ثمّ زال المانع عنهم فأقاموا ما تحملوه. التحقیق هو الثانی و ذلک بوجهین:

۱- عموم الأدلة، فإنّهم عند التأدیة من مصادیق البیّنة العادلة.

۲- الروایات الخاصّة المتضافرة الدالّة علی قبول شهادة الذمی و الیهودی و النصرانی بعد ما أسلموا و إن تحمّلوا فی حال کفرهم «۱» و لا یعادله ما فی صحیح جمیل قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن نصرانی أُشهد علی شهادة ثمّ أسلم بعدُ أ تجوز شهادته؟ قال: «لا، و یحمل علی الإسلام المجرّد من الاقتران بالعدالة».

و ما ورد فی قبول شهادة الصبیان إذا تحملوا قبل البلوغ و أدّوا بعده. «۲»

و لو شهد العبد علی مولاه فرُدَّت ثمّ أعادها بعد زوال المانع أو شهد الولد علی الوالد و رُدّت ثمّ مات الأب و أعادها، فمقتضی الضابطة، الأخذ بمقتضی الإطلاقات و قد أشار إلیه الشیخ فی خلافه و نقل الأقوال و قال: إذا شهد صبی أو عبد أو کافر عند الحاکم فردّ شهادتهم ثمّ بلغ الصبی و أعتق العبد و أسلم الکافر

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحدیث ۷۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۲۹۳

فأعادوها قُبِلتْ، و کذلک إن شهد بالغ مسلم حرّ بشهادة فبحث عن حاله فبان فاسقاً ثمّ عُدِّل فأقامها بعینها قُبِلَتْ منه و حکم بها و به قال داود، و أبو ثور، و المزنی و قال مالک: أردّ الکل، و قال أهل العراق و الشافعی: أقبل الکلّ إلّا الفاسق الحرّ البالغ فإنّه إذا ردّت شهادته لفسقه ثمّ أعادها و هو عدل لا تقبل شهادته، دلیلنا: کلّ ظاهر ورد بقبول شهادة العدل فإنّها محمولة علی عمومها. «۱»

نعم ورد فی روایة السکونی، تقیید جواز شهادة العبد، بعدم سبق الردِّ روی عن علی علیه السّلام: «و العبد إذا شهد بشهادة ثمّ أعتق جازت شهادته إذا لم یردها الحاکم قبل أن یعتق»، و قال علی علیه السّلام: «و إن أعتق لموضع الشهادة لم تجز شهادته». «۲»

و لعلّ عدم القبول لأجل أنّ ردّ الحاکم کان لفسقه لا لکونه عبداً، فلو عُتق مع بقاء الحال لا یُقبل.

و أمّا ما روی عن علیّ علیه السّلام، فظاهر فیما إذا کان العتق لأجل الشهادة، فیکون الردّ لأجل التهمة.

و أمّا الفاسق، فهو علی قسمین: معلن و مستتر، فلا شکّ فی قبول شهادهٔ الأوّل بعد التوبهٔ و الصلاح، و إن رُدّتْ فی حال الفسق إنّما الکلام فی المستتر إذا قام فردّت بجرحه ممّن له خبرهٔ بباطن أمره ثمّ تاب، فإن شهد بأمر جدید فتُقبل و أمّا لو أعاد ما رُدَّت فربّما یستشکل قبول شهادته لأجل تهمهٔ الحرص علی رفع الشبههٔ عنه لاهتمامه بإصلاح الظاهر و دفع العار عنه بخلاف المتجاهر بالفسق و الکفر، و لکنّه شبههٔ فی مقابل الإطلاقات و العمومات، فلا یعتد بها کما ذکره المحقّق.

الثانیهٔ: المعتبر فی قبول شهادهٔ الشاهد مع استجماعه للصفات المعتبرهٔ فیه علمه بما یشهد به،

اشارهٔ

سواء کان سببُ العلم استدعاءَ المشهود له و علیه للإشهاد، أم اتّفاق علمه بالواقعهٔ لاشتراک الجمیع فی المقتضی و هو العلم و تترتب علیه

---

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۶۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۹۴

صحّهٔ الشهادهٔ فی المواضع التالیهٔ:

۱- إذا سمع الإقرار من المقرِّ بلا استدعاء من الطرفین أو الطرف الواحد، و ما هذا إلّا لأنّ الأمر بالإشهاد فی الآیهٔ، أمر إرشادی، و أمّا أنّه هل تجب علیه الإجابهٔ إذا دعی أو لا؟ فسیجیء تحقیقه.

۲- لو سمع اثنان یوقعان عقداً کالبیع و الإجارهٔ و النکاح.

۳- إذا شاهد الغصب أو الجنایهٔ.

۴- إذا سمع منهما ما یوجب حکماً و إن قال الغریمان أو أحدهما لا تشهد علیهما.

إنّما الکلام فی الصورهٔ الخامسهٔ أی إذا استتر فنطق المشهود علیه مسترسلًا فالمشهور عند علمائنا هو قبولها و خالف ابن الجنید و سیوافیک نقل کلامه عن غایهٔ المراد.

قال الشیخ فی الخلاف: شهادهٔ المختبی مقبولهٔ و هو إذا کان علی رجل دین یعترف به سرّاً و یجحده جهراً، فخبأ له صاحب الدین شاهدین یریانه و لا یراهما ثمّ حاوره الحدیث فاعترف به فسمعاه و شاهداه، صحّت الشهادهٔ و به قال ابن أبی لیلی، و أبو حنیفهٔ، و عمرو بن حریث القاضی و الشافعی، و ذهب شریح إلی أنّها غیر مقبولهٔ، و به قال النخعی و الشعبی. و قال مالک: إن کان المشهود علیه جلَداً قبلت و إن کان مغفَّلًا یُخْدَع مثله لم أقبلها علیه. دلیلنا ما قلناه فی المسألهٔ الأُولی «۱» و أیضاً قوله تعالی: (إِلّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ یَعْلَمُونَ) «۲» و هذا شهد بالحق لأنّه علمه. «۳»

---

(۱) قال فی المسألهٔ المتقدمهٔ: إذا شهد صبی ... ثمّ بلغ و شهد یقبل لأنّ کلّ ظاهر ورد بقبول شهادهٔ العدل فإنّها محمولهٔ علی عمومها.

(۲) الزخرف: ۸۶.

(۳) الخلاف، ج ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۶۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۹۵

قال ابن إدریس: إذا سمع الشاهد رجلًا یقرّ بدین، فیقول: لفلان علیّ ألف درهم، صار السامع به شاهداً بالدین، قال المقرّ اشهدوا علیّ بذلک أو لم یقل، و کذلک إذا شاهد رجلین تعاقدا عقداً، کالبیع، و الصلح و الإجارهٔ و النکاح، و غیر ذلک، و سمع کلام العقد،

صـار شاهـداً بـذلک، و کـذلک الأفعـال، کـالغصب، و القتـل، و الإتلاف، یصـیر به شاهـداً، و کـذلک إذا کان بین رجلین خلف فی حساب، فحضـرا بین یدی شاهدین و قالا لهما قد حضـرنا لنتصادق، فلا تحفظا علینا ما یقرّ به کلّ واحد منّا لصاحبه، ثمّ حصل من کلّ واحـد منهما إقرار لصاحبه بالـدین، صارا شاهـدین، و لا یلتفت إلی تلک المواعـدهٔ، لأنّ الشاهـد بالحقّ، من علم به، فمتی علم له صار شاهداً.

فأمّا شـهادهٔ المختبی فمقبولـهٔ عنـدنا، و هو إذا کـان علی رجـل دین، یعترف به سـرّاً و یجحـده جهراً، فاحتـالَ صاحبُ الـدین، فخبأ له شاهدین، یسمعانه، و لا یراهما، ثمّ جاراه، فاعترف به، و سمعاه، و شهدا به، صحّت الشهادهٔ عندنا، و خالف فی ذلک شریح فقط. «۱»

و عن غایـهٔ المراد عن ابن الجنید المنع حیث قال: «أو کان من خدع فسُتِر عنه لم یکن له أن یشـهد علیه» ثمّ ردّ علیه أنّه سـبقه الإجماع أو تأخر عنه.

و قال فی الجواهر بعد نقل کلام غایهٔ المراد: و هذا هو العمدهٔ. «۲»

و أورد علیه بـأنّ هـذه الشـهادهٔ فی إیثـار التهمـهٔ لیس بأقـل من التبرع بالشـهادهٔ فی حقوق الآدمیین قبل السؤال فی الحاکم فی مجلس الحکومهٔ، فإذا کانت الثانیهٔ مردودهٔ فلتکن الأُولی کذلک.

یلاحـظ علیه: ما ذکرنا من أنّ مطلق التهمـهٔ لیس بمانع و إلّا یلزم ردّ غالب الشـهادات و إنّما المانع ما ورد فیه النص بالخصوص أو قام علی ردّه الإجماع کما هو

---

(۱) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۲۱۱۲۰.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۱۰۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۲۹۶

المدّعی فی باب التبرّع، و لیس المقام من أحدهما، علی أنّ الداعی لتحمّل الشـهادهٔ بهذا النحو ربّما یکون باستدعاء من صاحب الحقّ علی وجه یشقّ علیه ردّه، و لیس مثل هذا دلیلًا علی الحرص للشهادهٔ.

حکم إقامهٔ الشهادهٔ بلا إشهاد

اشارة

إذا تحمّـل الشـهادهٔ بلا اسـتدعاء من المشـهود له و علیه، فهل تجب علیه الإقامـهٔ إذا دُعی إلیها أو لا بعـد الاتفاق علی وجوبه إذا شـهد بالاستدعاء، قال سبحانه: (وَ لَا تَکْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ یَکْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِیمٌ) (البقرهٔ/ ۲۸۳).

و لنذکر کلمات الأصحاب:

۱- قال ابن الجنید (ت ۳۸۱): و إذا حضـر الإنسان حساب اثنین فأقرّ أحدهما لآخر سبباً ثمّ جحده إیّاه فاحتیج إلی شهادهٔ الحاضر کان ذلک إلی الشاهد إن شاء حکی ما حضر من غیر أن یُثبتَ الشهادهٔ و إن شاء تأخّر لأنّ صاحب الحقّ لم «یستر» عنه الشهادهٔ. «۱»

۲- قال الشیـخ: و من علم شـیئاً من الأشـیاء و لم یکن قد أُشـهد علیه ثمّ دُعی إلی أن یشـهد کان بالخیار فی إقامتها و فی الامتناع منها اللّهمّ إلّا أن یعلم أنّه إن لم یُقمها بطلَ حقُّ مؤمن فحینئذ تجب علیه إقامهٔ الشهادهٔ. «۲»

۳- قال أبو الصلاح: هو مخیّر فیما یسمعه و یشاهده بین تحمّله و إقامته و ترکهما. «۳»

---

(۱) ابن الجنید: مختلف الشیعهٔ، کتاب الشهادات،، ۱۷۳، و لعلّ الصحیح «لم یطلب منه».

(۲) الطوسی: النهایهٔ، کتاب الشهادات، ۳۳۰.

(۳) الحلبی: الکافی: ۴۳۶.

۴- و قال ابن البرّاج: إذا علم شیئاً و لم یکن قد أُشهد علیه ثمّ دُعی إلی الشهادة بذلک، کان مخیّراً بین أن یقیمها و بین أن لا یقیمها، فإن علم أنّه متی لم یُقِمْها بطل حقُّ مؤمن وجب علیه إقامتها. «۱»

۵- و قال ابن حمزة: فإذا شاهد شیئاً من ذلک و علم حقیقته فقد تحمل شهادته و جاز له إقامة الشهادة علی حسب ما شاهد و قد تجب إقامتها إذا أدّی الامتناع منها إلی ضیاع حقّ من حقوق المسلمین. «۲»

۶- و قال ابن إدریس: و متی علم شیئاً من الأشیاء و لم یکن قد أُشهد علیه ثمّ دُعی إلی أن یشهد فالواجب علیه الأداء لقوله تعالی: (وَ مَنْ یَکْتُمْها فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) (البقرة/ ۲۸۳) و لا یکون بالخیار فی إقامتها. «۳»

و لمّا کان ظاهر عبارة ابن إدریس موهماً للخلاف و الردّ علی الشیخ، حاول العلّامة فی المختلف أن یزیل الوهم و أنّه لیس اختلاف بین ابن إدریس و الآخرین قال: و التحقیق أنّه لا نزاع فی المعنی هنا لأنّ الشیخ قصدَ بالجواز و الخیار من حیث إنّه فرض کفایةً یجوز ترکه، إذا قام غیره مقامه، و لهذا إذا لم یُقم غیره مقامه، و خاف لحوقَ ضرر بإبطال الحقّ وجب علیه إقامة الشهادة فإن قصد ابن إدریس الوجوب هنا عیناً فهو ممنوع. نعم فی الحقیقة لا یبقی فرق بین أن یشهد من غیر استدعاء و بین أن یشهد معه. «۴»

و أمّا المنصوص فهی علی أقسام ثلاثة:

أ: ما یدلّ علی أنّ الشاهد بالخیار و إن دُعی

و هو ما یلی:

۱- صحیح محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: «إذا سمع الرجل

---

(۱) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۶۱.

(۲) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۳۲.

(۳) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۲.

(۴) ابن المطهّر الحلی: مختلف الشیعة، کتاب الشهادات، ۱۷۳ و الظاهر أنّ المقصود من «هنا» هو الصورة الأُولی أی إذا قام مقامه شخص آخر، و إلا فالوجوب فی غیر هذه الصورة لیس ممنوعاً.

الشهادة و لم یُشهَد علیها فهو بالخیار إن شاء شهد و إن شاء سکت».

و الظاهر أنّ لمحمّد بن مسلم روایة واحدة رواها الکلینی تارة عن ابن محبوب عن العلاء بن رزین عن ابن مسلم عن أبی جعفر، و أُخری عن صفوان بن یحیی عن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السَّلام و ثالثة عن ابن فضال عن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السَّلام، و علی ذلک فتتحد الروایات الثلاث. «۱» غیر أنّ الأخیرة تشمل علی قید، سقط من الأوّلین و هو قوله: «إلّا إذا علم من الظالم و لا یحلّ له إلّا أن یشهد».

۲- خبر محمّد بن مسلم «۲» قال: سألت أبا جعفر علیه السَّلام عن الرجل یحضر حساب الرجلین فیطلبان منه الشهادة علی ما سمع منهما قال: «ذلک إلیه إن شاء شهد و إن شاء لم یشهد، و إن شهد، شهد بحقّ قد سمعه، و إن لم یشهد فلا شیء، لأنّهما لم یُشهداه».

و الظاهر أنّ لمحمّد بن مسلم روایة ثانیة رواها الکلینی عن طریق محمّد بن هلال، عن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر، و رواها الصدوق باسناده المذکور فی المشیخة عن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السَّلام فتتحد

الروايتان «۳» الواردتان فى الوسائل برقم ۵ و ۶.

۳- صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يُشهَد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت» و قال: «إذا أُشهدَ لم يكن له إلّا أن يُشهد». «۴»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱، ۳، ۴.

(۲) وصفناه بالخبر، لوقوع محمّد بن عبد اللّه بن هلال فى السند و لم يوثق.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۵، ۶.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

ب: ما يدل على لزوم الشهادة إذا دُعى

۴- خبر محمّد بن مسلم «۱» عن أبى جعفر الباقر عليهما السّلام فى الرجل يشهد حساب الرجلين ثمّ يدعى إلى الشهادة قال: «يشهد». «۲» و لا يخفى وجود التعارض بينه و بين الرواية الثانية لابن مسلم، حيث إنّه عليه السّلام حكم فيها بالخيار مع الدعوة، و حكم هنا بالشهادة و لو لا الاختلاف فى المضمون، لحكمنا بوحدته، مع الرواية الثانية و قال فى الجواهر: و يؤيّده خبر ابن أشيم «۳» و لكنّه لا صلة له، بالمقام و إنّما يدل على أنّ سماع الطلاق كاف فى صحّته، و لا يتوقف على الإشهاد و هو غير ما نحن فيه.

ج: ما يدل على لزوم الإجابة إذا توقف دفع الظلم عليه

۵- مرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد، و إن شاء سكت إلّا إذا علم مَن الظالم فيشهد و لا يحل له أن لا يشهد». «۴»

و تدل عليه رواية ابن مسلم «۵» المشتملة على هذا القيد أيضاً كما مرّ و ليستا رواية واحدة لاختلاف الراوى و المروى عنه. فابن مسلم يروى عن أبى جعفر عليه السّلام، و مرسلة يونس مروية عن أبى عبد اللّه عليه السّلام.

و يؤيده ما رواه الصدوق مرسلًا قال: قال الصادق عليه السّلام: «العلم شهادة إذا كان صاحبه مظلوماً» «۶» و لعلّه نفس ما جاء فى الروايتين و قد نقل بالمعنى.

---

(۱) وصفناه بالخبر، لوقوع أحمد بن يزيد فى سنده و هو لم يوثق.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۸.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۴.

(۶) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۹.

و بذلك ظهر عدم الخلاف فى المسألة فتوى و نصّاً، قال المحقّق الأردبيلى: «و لا شكّ أنّ ظاهر هذه الأخبار عدم وجوب الإقامة مع عدم الاستشهاد أوّلًا، و لكن العقل يأبى عن ذلك فى الجملة و يستبعد تجويز الشارع تضييع حقّ امرئ مظلوم مع علم الشاهد بذلك و

بأنّه قد یجیء بشهادته و تجویز السکوت؛ لأجل أنّه ما استشهد و إن کان هو قصّر فی الأوّل. و تدلّ علی الوجوب، الآیات و الأخبار کما تقدّم.

فیمکن التصرّف و التأویل فیها (الأخبار الدالّة علی عدم الوجوب)، فإنّه لیس فیها صحیح صریح فی جواز السکوت و عدم الشهادة مع العلم بتضییع حقّ الناس و حصر الشاهد فیه مع استدعاء صاحبه الشهادة منه مع عدم الضرر علیه و لا علی أحد من إخوانه المؤمنین.

فیمکن الحمل علی عدم وجوبه العینی، و لا ـ علی عدم طلب صاحبها، و لا ـ علی عدم العلم الیقینی، و لا ـ علی عدم الاستدعاء إلی التحمّل، لا الأداء.

قال فی الفقیه بعد نقل روایة محمّد بن مسلم و غیرها: قال مصنف هذا الکتاب: معنی هذا الخبر الذی جُعل الخیار فیه إلی الشاهد بحساب الرجلین، هو إذا کان علی ذلک الحقّ غیره من الشهود، فمتی علم أنّ صاحب الحقّ مظلوم و لا یحیی حقّه إلّا بشهادته، وجب علیه إقامتها و لم یحلّ له کتمانها فقد قال الصادق علیه السّلام: «العلم شهادة إذا کان صاحبه مظلوماً».

کأنّه إشارة إلی روایة محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السّلام، قال: إذا سمع الرجل الشهادة و لم یُشهَد علیها فهو بالخیار إن شاء شهد و إن شاء سکت إلّا إذا علم مَن الظالم فیشهد فلا یحلّ له إلّا أن یشهد، فتأمّل». «۱»

و قد علمت أنّ التفصیل لو لا حکم العقل أیضاً هو مقتضی النصوص.

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۲۱۵۲۰، و لا یخفی أنّ فی العبارة ضعفاً و أظنّ أنّ لفظة «و لا» فی الموارد الثلاثة مصحف «أو» العاطفة فلاحظ.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۱

الثالثة: التبرع بالشهادة قبل سؤال القاضی

اشارة

لا عبرة بشهادة من شهد قبلَ سؤال القاضی، بلا خلاف، و لکن یقع الکلام فی مقامات:

الأوّل: ما هو الدلیل علی المنع؟

الثانی: بعد ثبوت الدلیل و النهی، فهل النهی تکلیفی یورث عصیانُه الفسق بلا إصرار أو معه، أو وضعیّ بمعنی عدم ترتب الأثر کیمین المنکر قبلَ طلب المدّعی أو القاضی؟

الثالث: إذا رُدَّت شهادته، فهل تقبل فی موضعها فی نفس المجلس أو فی مجلس آخر أو لا؟

الرابع: هل الدلیل یعمّ الجاهل أو یختص بالعالم؟

الخامس: هل الحکم مختص بحقوق الناس أو یعمّ حقوق اللّه تبارک و تعالی؟

و قبل الورود فی صلب الموضوع نذکر کلمات الأصحاب:

۱- قال المفید: لا یجوز للشاهد أن یشهد قبل أن یُسأل. «۱»

۲- قال الشیخ: و لا یجوز للشاهد أن یشهد قبل أن یسأل عن الشهادة. «۲»

و قال الحلبی: و لا یجوز أن یشهد إلّا أن یُستشهد. «۳» و المقصود: قبل أن یُسأل، و لیس المراد قبل أن یُشْهَد لتعرّضه له بعد هذا الکلام.

۴- و قال ابن البرّاج: و لا یجوز لإنسان أن یشهد قبل أن یسأل عن الشهادة. «۴»

(۱) المفید: المقنعة: ۵۷۲۸.

(۲) الطوسی: النهایة: ۳۳۰.

(۳) الحلبی: الکافی: ۴۳۶.

(۴) ابن البرّاج: المهذب: ۲/ ۵۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۲

۵ و قال ابن إدریس: و لا یجوز للشاهد أن یشهد قبل أن یسأل عن الشهادة. «۱»

۶- و قال المحقّق: التبرّع بالشهادة قبل السؤال یطرق التهمة فیمنع القبول. «۲»

۷- قال العلّامة: و تردّ شهادة المتبرّع قبل السؤال للتهمة إلّا فی حقوقه تعالی و المصالح العامة علی إشکال. «۳»

۸- و قال الشهید الثانی: من أسباب التهمة: الحرص علی الشهادة بالمبادرة إلیها قبل استنطاق الحاکم سواء کان بعد دعوی المدّعی أم قبله. «۴»

تری أنّ کلام القُدامی من العلماء خال عن التعلیل بالتهمة و إنّما جاء التعلیل بهذا فی کلام المحقّق و مَن بعده.

هذا نصوص علمائنا و کأنّ عدم الجواز عندهم أمر مسلّم إلّا أنّ المهم دراسة الأمر الأوّل و هو تبیین الدلیل مع العلم بأنّ مقتضی الکتاب و السنّة هو حجّیة قول العادل فما لم یَقُم دلیل قاطع علی الخروج عن إطلاقهما، فهو محکَّم.

و یحتمل أن یکون الدلیل المخرج أحد الوجوه التالیة:

أ: وجود دلیل صالح واصل إلیهم

إن إطباق القدماء خصوصاً مثل المفید و الشیخ علی عدم الجواز، کاشف عن وجود دلیل صالح علی الحکم وصل إلیهم و لم یصل إلینا، و من البعید أن یکون الدلیل ما سیوافیک عن طریق غیرنا من الروایات التی لا یُحتج بها إلّا بعد التأکد من صحة مضمونها و قد تقرر فی محلّه أنّ الرسم الدارج بین القدماء من عصر والد الصدوق (ت ۳۲۹) إلی عصر الشیخ (ت ۴۶۰) هو الإفتاء بنفس

(۱) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۳.

(۲) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۱.

(۳) ابن المطهّر: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۵۸.

(۴) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۳

عبارة الروایة أو مضمونها کما هو الغالب بتجرید المتون عن الأسانید و علی هذا الغرار، أُلِّفَ فقه الرضا لوالد الصدوق، و المقنعة للمفید و النهایة للشیخ و قد کان سیّد مشایخنا المحقّق البروجردی یعتمد علی ما ورد فی الأخیرین بعض الاعتماد إن لم یجد نصّاً فی الکتب الحدیثیة، و قد مضی اتّفاقهم علی لفظة «لا یجوز».

ب: المبادرة مظنّة التهمة

إنّ التعلیل بالتهمة، جاء فی کلام المحقّق فهو أوّل من علّل عدم القبول بأنّه یطرق التهمة إلی الشاهد و أنّه شهد للمدّعی زوراً بسبب حرصه علی ذلک، من غیر فرق بین کونه قبل دعوی المدّعی أو بعدها متمسّکاً بإطلاق ما ورد من عدم قبول شهادة المتهم. «۱» و

ممّن رکن إلی هذا الوجه، صاحب الریاض و أفتی بأنّه لو انتفت التهمهٔ تُقْبَل، و إن رُدّت، کما إذا کان المشـهود له عدوَّه، و المشـهود علیه خصمَه أو کانت المبادرهٔ لأجل الجهل بالحکم الشرعی.

یلاحظ علیه: بما ذکرنا سابقاً من أنّ مطلق التهمهٔ لیس مانعاً و إلّا یلزم ردّ کثیر من الشهادات و إنّما یُردُّ بالتهمهٔ إذا کان هناک نص، أو إجماع فإن تمّ استکشاف النص عن اتفاق القدماء أو أکثرهم أو أحرزنا عدم الخلاف کما علیه صاحب الجواهر. «۲» فهو و إلّا فالتمسک بإطلاق ما دلّ علی عدم قبول شهادهٔ المتهم، غیر تام إذ فیه مضافاً إلی ما عرفت من أنّه لو أخذنا بإطلاقه لزم ردّ أکثر الشهادات أنّ المتهم مجمل من حیث المفهوم، إذ من المحتمل أن یکون المراد، المتهم فی عقله و درکه، أو بصره و سمعه و بتعبیر آخر من عرف بکثرهٔ الغلط و الغفلهٔ، کما عبر به أیضاً الخرقی فی متن المغنی و قال: و لا تقبل شهادهٔ من یعرف بکثرهٔ الغلط و الغفلهٔ. «۳»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۳، ۵، ۶.

(۲) الجواهر: ۴۱/ ۱۰۴.

(۳) ابن قدامهٔ: المغنی: ۱۰/ ۲۵۵، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۰۴

قال المحقّق الأردبیلی بعد ذکر هذا الوجه: و أنت تعلم أنّ التهمهٔ غیر ظاهرهٔ خصوصاً إذا کان جاهلًا فإنّما نجد کثیراً مَن یشهد قبل الاستشهاد من غیر میل إلی إثبات المشهود، بل قد یکون إلی عدمه أمیل لغرض مثل فقر المشهود علیه أو مصاحبته أو عداوهٔ المشهود له، اعتقاداً لوجوب الشهادهٔ و تحریم کتمانها کیف و العدالهٔ تمنع من الشهادهٔ علی الکذب مع العلم بقبحه، و الوعید فی الکتاب و السنّهٔ و تحریمه بإجماع المسلمین إلی أن قال: و بالجملهٔ ردّ شهادهٔ العدل بمجرّد ذلک مع وجوب قبول العدل و عدم ردّه بالکتاب و السنّهٔ و الإجماع مشکل إلّا أن یکون إجماعیاً. «۱»

ج: التجاوز إلی حریم صاحب الحقّ

إنّ الشهادهٔ قبل سؤال الحاکم، تجاوز علی حریم حقّ القاضی لأنّه یعتبر فیها سؤاله عن الشهود فحینئذ تکون الشهادهٔ قبل السؤال نحو یمین المنکر قبل إذن صاحب الحقّ، و یشهد علی هذا الوجه أنّهم قالوا بقبول شهادهٔ المتبرع فی المجلس الآخر، بل فی نفس المجلس إذا کان بعد سؤال الحاکم فلو کان المانع هو التهمهٔ یجب أن تردّ مطلقاً لبقائها فی کلا المجلسین. قال الشهید فی المسالک: «و لو أعاد تلک الشهادهٔ فی مجلس آخر علی وجهها ففی قبولها وجهان من بقاء التهمهٔ فی الواقعهٔ، و اجتماع شرائط الشهادهٔ الثابتهٔ و هذا أجود». «۲»

د: وجود نصوص عن غیر طرقنا

جاء فی مسانید القوم و سننهم ما یدلّ علی منع تلک الشهادهٔ نظیر:

أ: «ثمّ یجیء قوم یعطون الشهادهٔ قبل أن یسألوها». «۳»

ب: «ثمّ یفشو الکذب حتی یشهد الرجل قبل أن یستشهد». «۴»

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۳۹۹- ۴۰۰.

(۲) المسالک: ۲/ ۴۵۴.

(۳) مسند أحمد: ۴/ ۴۲۶.

(۴) سنن ابن ماجة: ۲/ ۷۹۱ برقم ۲۳۶۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۵

ج: «تقوم الساعة علی قوم یشهدون من غیر أن یُستشهدوا». «۱»

إلی غیر ذلک من نبویّات، لا یحتج بها لعدم ثبوت وثاقة رواتها.

إلی هنا تمّ الکلام فی الأمر الأوّل و تبین أنّ الصالح للاستدلال هو الوجه الأوّل و الثالث و یقرب من الأوّل ادعاء الإجماع علی المنع. و إن کان الأوّل أظهر.

و أمّا الأمر الثانی أی کون النهی تکلیفیاً أو وضعیاً، فلو قلنا بالوجه الأوّل أی استکشاف النص من کلمات الأصحاب أو کونها معقد الإجماع فالظاهر أنّ النهی وضعی لا تکلیفی، إرشادی لا مولوی، فیکون النهی لتعلیم الشاهد، حتّی لا یشهد لعدم ترتب الأثر علیها، کالنهی عن بیع مال الغیر، إذا لم یتصرف فیه، أو عن بیع ما لیس عنده و مثله القول بأنّ دلیل النهی، هو التهمة أو التجاوز إلی حریم القاضی فالظاهر أنّ النهی، إرشادی لبیان عدم ترتّب الأثر نعم لو کان المستند الروایات النبویة، فالظاهر أنّ النهی تکلیفی، یورث الفسق، و أمّا علی المختار، فلا یورث الفسق و لا یحتاج إلی توبة.

و منه یظهر حال الأمر الثالث من قبولها فی نفس المجلس أو بعده، لأنّ النهی کان تعلیمیاً إرشادیاً، فإذا وقعت الشهادة فی موضعها، لا تردّ.

و أمّا الأمر الرابع فالظاهر عمومه للعالم و الجاهل أی لا یعتدّ بمثل هذه الشهادة و إن شهد عن جهل بآداب القضاء الإسلامی.

و أمّا الأمر الخامس من اختصاصه بحقوق الناس أو شموله لحقوق اللّه أیضاً فالأصحاب فیه علی طائفتین: بین متردد فی الشمول و جازم بعدم الشمول.

قال المحقق: أمّا فی حقوق اللّه أو الشهادة للمصالح العامة (کالوقف علی المساجد و القناطیرة) فلا یمنع إذ لا مدّعی لها و فیه تردّد. «۲»

و قال العلّامة: و تردّ شهادة المتبرع قبل السؤال للتهمة إلّا فی حقوقه تعالی

(۱) دعائم الإسلام: ۲/ ۵۰۶.

(۲) نجم الدین الحلّی الشرائع: ۴/ ۹۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۶

و المصالح العامة علی إشکال. «۱»

و أمّا الجازم فمنهم الشهید الثانی، و المحقّق الأردبیلی، و صاحب الجواهر. قال الشهید: وجه التردّد من عموم الأدلة الدالة علی الردّ، و تطرّق التهمة، و من ثبوت الفرق الموجب لاختصاص الحکم بالأوّل لأنّ هذه الحقوق لا مدّعی لها، فلو لم یشرع فیها التبرع لتعطّلت و هو غیر جائز و لأنّه نوع من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و هو واجب و أداء الواجب لا یعدّ تبرعاً و هذا هو الأقوی. «۲»

و الظاهر عدم تصوّر التبرع فی الشهادة فی الحدود، لما علمت سابقاً من خروجها عن مجال القضاء و أنّ دوره فیها هو العمل بالبیّنة بعد إحراز الشهود، فلیس فیها تخاصم و ترافع، و علی ذلک فطبیعة الموضوع تقتضی المبادرة و إعلام الحاکم و لو أغمضنا عن ذلک فالأظهر عدم الفرق بین الحقوقین، لإطلاق الدلیل المستکشف عندنا، و وجود التهمة فی کلا الموردین عند غیرنا کما لا یخفی.

الرابعة: فی الفاسق إذا تاب لقبول شهادته

إذا کان الشاهد فاسقاً فلا یخلو إمّا أن یکون عادلًا و ذا ملکة راسخة رادعة، ثمّ صار فاسقاً فتاب فلا شکّ أنّه تقبل شهادته لأنّ ملکة

العدالة لا تزول بعصیان واحد، غیر أنّ الفسق مانع عن قبول قوله فإذا تاب صار کمن لم یذنب فتُقبل شهادتُه.

إنّما الکلام فی المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادتُه فقد نقل عن الشیخ فی المبسوط أنّه قال: «إنّه إذا قال له الحاکم تب و تاب قبلت شهادته» و علّله الشهید الثانی بصدق التوبة المقتضی لعود العدالة و انتفاء المانع فیدخل تحت

---

(۱) ابن المطهر الحلّی: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۵۸.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۴، لاحظ مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۰۰، و الجواهر: ۴۱/ ۱۰۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۷

عموم قبول شهادة العدل. «۱» و قد نقل عن ابن سعید أیضاً فی جامعه و سیوافیک نصّه بعد الفراغ من تحلیل کلام الشیخ.

أقول: ذکره الشیخ فی المبسوط فی فصل «شهادة القاذف»، و نحن نذکر موجز کلامه لیتبین أنّ محور کلامه خصوص القاذف فقط إذا أمره الإمام بالتوبة.

قال: المعصیة لا- تخلو من أحد أمرین: إمّا أن یکون فعلًا أو قولًا فإن کانت فعلًا کالزنا و السرقة و اللواط و الغصب و شرب الخمر فالتوبة هاهنا أن یأتی بالضد ممّا کان علیه و هو صلاح عمله لقوله تعالی: (إِلَّا مَنْ تابَ وَ آمَنَ وَ عَمِلَ عَمَلًا صالِحاً فَأُوْلئِکَ یُبَدِّلُ اللّهُ سَیِّئاتِهِمْ حَسَناتٍ) (الفرقان/ ۷۰) فإذا ثبت أنّها صلاح عمله «۲» فمدّته التی یقبل بها شهادته سنة و من الناس من قال یُصلِحُ عملَه ستة أشهر.

و أمّا إن کانت المعصیة قولًا لم یخل من أحد أمرین إمّا أن یکون ردّة أو قذفاً فإن کان ردّة فالتوبة، الإسلام و هو أن یأتی بالشهادتین و أنّه بریء من کلّ دین خالف الإسلام فإذا فعل هذا فقد صحّت توبته، و ثبتت عدالته، و قبلت شهادته، و لا یعتبر بعد التوبة مدّة یصلح فیها عمله.

و أمّا إن کانت المعصیة قذفاً لم یخل من أحد أمرین إمّا أن یکون قذف سبّ أو قذف شهادة فإن کان الأوّل فالتوبة إکذابه نفسه إلی أن قال: فإذا ثبت صفة التوبة فهل تفتقر عدالته التی یقبل بها شهادته إلی صلاح العمل أو لا؟ قال قوم: مجرد التوبة یجزیه و قال قوم: لا بدّ من صلاح العمل و هو الأقوی لقوله تعالی: (إِلَّا الَّذِینَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِکَ وَ أَصْلَحُوا) (النور/ ۵).

و إن کان الثانی أی قذف الشهادة فهو أن یشهد بالزنا دون الأربعة فإنّهم

---

(۱) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۵، و سیوافیک أنّ تعلیل المسالک یتمشی فیمن کان عادلًا و صار فاسقاً، لا فی المشهور الفاسق الذی لم یزل فاسقاً الذی هو مورد کلام المحقق.

(۲) کذا فی النسخة المطبوعة و لعلّ الصحیح «انّه أصلح عمله».

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۸

فسقة فالتوبة هاهنا أن یقول قد ندمت علی ما کان منّی و لا أعود إلی ما أُتّهم فیه فإذا قال هذا زال فسقه و ثبت عدالته و قبلت شهادته و لا یراعی صلاح العمل. و الفرق بین هذا و قذف السب هو أنّ قذف السبّ ثبت فسقه بالنص و هذا بالاجتهاد عندهم.

و یجوز للإمام عندنا أن یقول تب أقبل شهادتک و إنّما قلنا ذلک لأنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أمر بالتوبة. «۱»

أقول: إنّ الإمعان فی کلامه یعطی أنّه یقبل توبة الفاسق لغایة قبول الشهادة فی مورد واحد و هو قذف الشهادة لا قذف السبّ فلا یصحّ أن یقال إنّ الشیخ یقول بأنّه یجوز للإمام أن یقول للعاصی تب أقبل شهادتک و إن کان عصیانه بالفعل دون القول و فی القول، بقذف السب و غیره.

نعم لیس کلام الشیخ نقیاً عن الإشکال خصوصاً أنّه فسر الآیة الواردة فی قذف الشهادة، بقذف السب، فإنّ الظاهر أنّ الآیة ناظرة إلی

قضیة الإفک التی قذفت فیها زوجة النبی أو غیرها بعمل منکر و هی من مقولة قذف الشهادة لا قذف السبّ هذا کلّه راجع إلی تفسیر کلام الشیخ.

و أمّا ابن سعید فقال فی جامعه: و لو قال القاضی لشخص تب أقبل شهادتک، فظهرت منه التوبة قبلها. «۲» فالمتبادر من کلامه، من علم منه أنّه تاب واقعاً و ندم علی ما مضی مع العزم علی الترک فیما یأتی، لا مجرّد التوبة غیر المعلوم کونه للّه أو لقبول شهادته.

و أمّا تحقیق المطلب فی المسألة فنقول قد عرفت أنّ الکلام فی المشهور بالفسق و من المعلوم أنّه بالتوبة لا یصیر عادلًا لأنّ العدالة ملکة راسخة فی النفس تحصل بالمراقبة التامة للوظائف بالإتیان بالواجبات و ترک المحرّمات فکیف یکون مجرّد التوبة سبباً لرجوع العدالة و ما نقلناه عن المسالک إنّما یناسب

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۹۱۷۸.

(۲) ابن سعید الحلی: الجامع للشرائع: ۵۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۰۹

العادل الذی صدرت منه المعصیة نادراً فإذا تاب یزول المانع و تؤثر العدالة المخزونة فی النفس لا فی المشهور بالفسق.

نعم لو دلّ الدلیل فی مورد علی أنّ مجرّد التوبة کاف فی قبول شهادة الشاهد نأخذ به و لکن لیس هناک دلیل علیه إلّا ما ورد فی مورد القذف من الروایات التی جمعها الشیخ الحر فی الباب ۳۶ من أبواب الشهادات فإن تمّت دلالتها نأخذ بها و إلّا فالکتاب هو المحکّم فإنّ الظاهر منه عدم کفایة التوبة و لزوم مشاهدة الصلاح فی أفعاله بعد التوبة قال سبحانه: (إِلَّا الَّذِینَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِکَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ) (النور/ ۵).

و یمکن الجمع بین مفاد الآیة و الروایات الدالة علی قبول توبته، بأنّها وردت لردّ الفکرة الخاطئة فی عصر صدور الروایات حیث کان الناس یقولون: «توبة القاذف فیما بینه و بین اللّه و لا تقبل شهادته أبداً» «۱» فلما سُئلوا علیهم السَّلام عن قبول توبته قالوا بقبول توبته ناویین ردّ هذه الفکرة و أمّا أنّه هل تکفی التوبة أو یشترط الصلاح فی العمل حتی یتّصف بالعدالة فلیست الروایات بصدد بیان أحد الأمرین.

هذا ما یرجع إلی نفس المسألة و أمّا ما هو حقیقة التوبة و ما شرائطها فإنّما یطلب لنفسه مجالًا خاصاً حتی نذکر فیه آراء الفقهاء و المتکلفین و علماء الأخلاق فلنقتصر بما أفاده شیخنا الشهید فی المسالک «۲» قال: أمّا التوبة الواقعیة (التوبة المنقذة من النار) فهی عبارة عن الندم علی ما مضی و یترک مثله فی الحال و یعزم علی أن لا یعود علیه، ثمّ إذا کانت المعصیة لا یتعلّق بها حقّ اللّه تعالی و لا ـ العباد فتکفی التوبة و لا شیء علیه سوی ذلک، و إن تعلّق بها حقّ مالی کمنع الزکاة و الغصب و الجنایات فی أموال الناس فتجب مع ذلک تبرئة الذمة منه، و هل إبراء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۵۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۰

الذمة محقّق للتوبة أو هو واجب آخر؟ فیه وجهان.

و إن تعلّق العصیان بما لیس أمراً مالیاً کشرب الخمر فله أن لا یُظهره و یتوب، کما له أن یظهر، لیقام علیه الحدّ.

و إن کان حقاً للعباد کالقصاص فعلیه أن یأتی المستحق و یمکّنه من الاستیفاء و أمّا القذف و الغیبة فإن بلغه الأمر فکذلک و إن لم یبلغه ففیه وجهان: من أنّه حقّ آدمی فلا یزول إلّا من جهته و من استلزامه زیادة الأذی، فعلی الأوّل یجب علیه الاستحلال و علی الثانی

یکفیه الاستغفار فی حقّه.

و أمّا التوبـة الظاهرة التی یترتّب علیها قبول الولایات و نفوذ الشـهادات فإن کان العصـیان قولیّاً کالقذف فقد وقفت علی کیفیة التوبة و أنّ الأثر لا یترتب إلّا بعـد الإصـلاح و ما دلّ من الروایات علی قبول توبته لیست ناظرة إلی نفی ما ذکرنا و أمّا الفعلیـة فلا یکفی إظهار التوبة لأنّه لا یؤمن أن یکون له فی الإظهار غرض فاسد، علی أنّه لا ینسلک بمجرّد التوبة فی عداد العدول.

فقد تلخص من هذا البحث الضافی أُمور:

۱- إنّ العادل إذا فسق بالعصیان الواحد تکفی فیه التوبة و لا یتوقف علی مشاهدة العمل الصالح فی حیاته.

۲- إذا کان الشاهد مشهوراً بالفسق فالشیخ الطوسی یقول فی مورد واحد بکفایة التوبة و هو فی قذف الشهادة.

۳- الحقّ أنّ التوبـة لا تکفی فی القـذف لتصریح الآیـة بلزوم الإصـلاح بعـد التوبة و الروایات الدالة علی قبول توبته لیست بصدد نفی العمل الصالح بل بصدد نفی الفکر الخاطئ من أنّه لا تقبل توبته.

۴- إنّ التوبـة الواقعیـة المؤثرة فی نجاح الإنسان فی الآخرة یتوقف علی الندم علی ما مضـی و العزم علی الترک فی ما یأتی و الخلوص من توابع الذنب علی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۱

التفصیل السابق.

۵- التوبـة الظاهریـة التی یراد منها عود الولایات و قبول الشـهادات تتوقف علی انسـلاک العاصـی فی زمرة العدول و لا یکفی صـرف التوبة ما لم تتحقق فیه ملکة العدالة.

المسألة السادسة: إذا تبیّن فی الشهود ما یمنع القبول

إذا تبیّن للحاکم فی الشهود ما یمنع القبول فله صور:

۱- إذا تبیّن للقاضی فی مورد الشاهد أنّه صار فاسقاً بعد صدور الحکم.

۲- إذا تبیّن أنّه صار فاسقاً بعد إقامة الشهادة و قبل صدور الحکم.

۳- إذا تبیّن انّه کان فاسقاً قبل إقامة الشهادة و استمرّت حاله إلی زمان الإقامة.

۴- إذا عثر القاضی بعد صدور الحکم بالجارح أو أقام المنکر البیّنةَ علی فسق الشاهد حین إقامة الشهادة.

۵- إذا تبیّن للقاضی أنّ الشاهد شهد زوراً و ظلماً.

هـذه هی الصور المتصوّرة و الفرق بین الأربعـة الأُـوَل و الصورة الخامسـة هو تبیّن کـذب الشاهـد فی الأخیرة دون الصور الأُولی، لأنّ تبیّن الفسق فی زمن الإقامـة لاـ یلازم کونه کاذبـاً إذ لیس کلّ فاسق کاذباً فی قوله، و إن کان کل کاذب فاسـقاً و علیک بیان أحکام الصور واحدة تلو الأُخری:

أمّا الصورتان الأُولیتان فلا موجب للنقض لأنّ الشـهادة کانت جامعة للشـرائط حین الإقامة و إن فقد الشاهدُ الشرطَ إمّا بعد الإقامة کما فی الصورة الثانیـة أو بعـد القضـاء کمـا فی الصورة الأُولی و الملاک فی جواز الشـهادة و نفوذها کونها جامعـة للشـرائط حین الأداء و لأجل ذلک لو ماتَ الشاهدُ بعد الإقامة أو

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۲

جُنَّ فلا یوجب بطلانها و لأجل ذلک اتّفقت کلمتهم علی صحّة القضاء فیهما.

و أمّا الصورة الثالثة فالحقّ فیه نقض الحکم لأنّه تبیّن أنّ القضاء لم یکن واجداً للشـرط الشرعی و إن شـئت قلتَ: انّه قد تبیّن للقاضـی أنّ الحکم کان فاقداً لشرطه و معه کیف یمکن أن یکون نافذاً غیر قابل للنقض؟!

فإن قلت: ما الفرق بین باب الشهادة و صلاة الجماعة، فلو تبیّن فسق الإمام بعد إقامة الصلاة لا تجب الإعادة مع أنّه کان فاقداً للشرط حینَ الإقامة فلو کانت العدالة شرطاً واقعیاً لزمت الإعادة و النقض فیهما و لو کان شرطاً علمیاً یلزم عدمهما أیضاً کذلک؟

قلت: إنّ لسان الدلیل فی باب الجماعة یعرب عن کون الشرط علمیاً لا واقعیاً حیث قال: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدینه» «۱» الظاهر فی أنّ الموضوع هو الوثوق سواء أوافق الواقع أم لا بخلاف باب الشهادة فإنّ المتبادر من قوله سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) (الطلاق/ ۲) هو کونه عادلًا فی الواقع و بذلک یتبین أنّ العلم فی صلاة الجماعة أُخِذَ موضوعیاً بخلاف باب الشهادة فقد أُخذ فیه طریقیاً محضاً.

و أمّا الصورة الرابعة: أعنی إذا قامت البیّنة علی فسق الشاهد حین الشهادة فهل ینقض الحکم أو لا؟ الظاهر لا لأنّ البیّنة المزبورة لا تقتضی العلم بفساد میزان الحکم خصوصاً مع معارضتها ببیّنة أُخری حال القضاء دالّة علی عدالة الشاهد.

فإن قلت: إذا تعارض الجارح مع المعدِّل، یقدم الجارح.

قلت: الضابطة مختصّة بما تعارضا قبل صدور الحکم لا بعد صدوره علی وجه صحیح فلا ینقض إلّا بالعلم بفقدان الشرط و ذلک لأنّ القضاء مبنی علی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۵، الباب ۱۰ من أبواب الجماعة، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۳

الدوام و التأبید فلا یُنقض إلّا بعد العلم بالفساد و فقد القضاء الشرط اللازم لا ما إذا قامت البیّنة علی فقدان الشرط فأدلّة حرمة نقض الحکم محکَّمة ما لم یعلم الفساد خصوصاً إذا قامت البیّنة الجارحة لدی القاضی الآخر، مع إمکان حمل القضاء الأوّل علی الصحّة.

و أمّا الصورة الخامسة: فحکمها واضح لا یحتاج إلی البیان و إنّما ذکرت لأجل إیضاح الفرق بینها و بین الصور المتقدّمة.

تمّ الکلام فی الشرط السادس من شروط الشهادة العامة، بقی الکلام فی الشرط الأخیر و هو ما یلی:

الشرط السابع: طهارة المولد

اشارة

یشترط فی الشاهد طیب المولِد و طهارته فلا تقبل شهادة ولد الزنا و لننقل کلمات الفقهاء:

۱- قال السیّد المرتضی فی الانتصار: و ممّا انفردت به الإمامیة القول بأنّ شهادة ولد الزنا لا تقبل و إن کان علی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۴

ظاهر العدالة. ثمّ احتجّ بإجماع الطائفة علیه. «۱»

۲- و قال الشیخ فی النهایة: و لا تجوز شهادة ولد الزنا فإن عرفت منه عدالة قُبِلتْ شهادتُه فی الشیء الدون. «۲»

۳- و قال الشیخ فی الخلاف: شهادة ولد الزنا لا تقبل و إن کان عدلًا. «۳»

۴- و قال ابن البرّاج: و لا یجوز قبول شهادة مبطل علی محق و إن کان علی ظاهر الإسلام و کذلک شهادة ولد الزنا. «۴»

۵- قال ابن حمزة: و لا تقدح فی قبول الشهادة، الولادةُ من الزنا إذا کان المشهود به شیئاً قلیلًا حقیراً. «۵»

۶- و قال ابن زهرة: و لا تقبل شهادة ولد الزنا بدلیل هذا الإجماع. «۶»

۷- و قال ابن إدریس: و لا تجوز شهادة ولد الزنا لأنّه عند أصحابنا کافر بإجماعهم علیه قال شیخنا أبو جعفر فی نهایته: فإن عرفت منه

عدالة قبلت شهادتُه فی الشیء الدون. و هذا غیر مستقیم لأنّه إن کان عدلًا فتقبل شهادته فی الدون و غیر الدون و إن کان عنده کافراً فلا تقبل شهادته فی الدون و لا غیر الدون، و إنّما هذا خبر واحد، أورده إیراداً، لا اعتقاداً. «۷»

۸- و قال المحقّق: لا تقبل شهادة ولد الزنا أصلًا و قیل تقبل فی الیسیر مع تمسّکه بالصلاح و به روایة نادرة و لو جُهلت حاله، قبلت شهادته و إن نالته بعض الألسن. «۸»

۹- و قال یحیی بن سعید: و لا شهادة ولد الزنا و روی ان عرفت منه عدالة قُبلت فی الشیء الدون. «۹»

۱۰- و قال العلامة: الخامس طهارة المولد فتردّ شهادة ولد الزنا و إن قَلَّتْ. «۱۰»

۱۱- قال الخرقی فی المختصر: و شهادة ولد الزنا جائزة فی الزنا و غیره.

۱۲- و قال ابن قدامة فی شرحه: «هذا قول أکثر أهل العلم منهم عطاء و

---

(۱) المرتضی، الانتصار: ۲۴۷.

(۲) الطوسی: النهایة: ۳۲۶.

(۳) الطوسی: الخلاف: ج ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۵۷، ترکنا نقل الباقی من کلام الشیخ لأنّ النسخ لعامتها سقیمة و اکتفینا فی نقل آراء أهل السنة بما سیوافیک من المغنی لابن قدامة.

(۴) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۷.

(۵) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۳۰.

(۶) ابن زهرة: الغنیة: ۴۴۰.

(۷) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۲۲.

(۸) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۲.

(۹) ابن سعید الحلی: الجامع للشرائع: ۵۳۹.

(۱۰) ابن المطهر: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۱۵

الحسن و الشعبی و الزهری و الشافعی و أبو عبید، و أبو حنیفة، و أصحابه و قال مالک و اللیث: لا تجوز شهادته فی الزنا وحده لأنّه منهم، فإنّ العادة فیمن فعل قبیحاً أنّه یُحِبُّ أن یکون له نظراء، و حُکی عن عثمان انّه قال: ودّت الزانیة أنّ النساء کلّهن زنین.

ثمّ احتج علی القبول بإطلاق دلیل قبول العادل و أضاف:

أوّلًا: أنّ ولد الزنا لم یفعل قبیحاً.

ثانیاً: أنّ الزانی لو تاب لقبلتْ شهادته و هو الذی فعل القبیح فإذا قبلت شهادته فغیره أولی. «۱»

و قال سبحانه: (وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْری)* (الأنعام/ ۱۶۴).

و لنذکر قبل سرد الروایات أمرین:

الأوّل: إنّ مقتضی الکتاب و السنّة هو قبول شهادته، لانسلاکه فی عداد المسلم المؤمن العادل، و لا یعدل عنهما إلّا بدلیل قاطع کما هو سیرتنا فی تخصیص الکتاب و السنة القطعیة.

الثانی: إنّ الحکم بعدم القبول لا- یُنشأ من الحکم علیه بالکفر کما علیه ابن إدریس فی سرائره، إذ لا- دلیل علی کفره و إطلاق ما وصف الإسلام و الإیمان و العدالة یعمّ طیب المولد و خلافه، و عدم قبول إسلامه یباین قوله سبحانه: (وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْری)* بل المنشأ هو الروایات المتضافرة و إن کانت بعضها قاصرة السند لکن فیها صحیحة و موثقة، و یشدّ بعضها بعضاً، علی أنّ اتّفاق العامة

على الجواز إلّا مالك فی مورد يؤيد صدور هذه الروايات و أنّها ناظرة إلى ردّهم و إليك ما ورد عنهم عليهم السّلام:

---

(١) ابن قدامة: المغنی: ١٠/ ٢٦٣.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ٢، ص: ٣١٦

١ صحيح الحلبی عن أبی عبد اللّه عليه السّلام قال: سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا و لا عبد «١» و فيه دلالة على عدم قبول شهادة العبد أيضاً و إن كان المعروف عندنا قبول شهادته، فالرواية صحيحة سنداً و لو لا هذا الذيل، كانت نقية مضموناً.

٢- صحيح محمّد بن مسلم قال: قال أبو عبد اللّه عليه السّلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنا». ٢ و وصفه صاحب الجواهر بالخبر، مع أنّه صحيح و لعلّه لأجل وجود محمّد ابن عيسى بن عبيد اليقطينی فی السند و هو عندنا ثقة صرح به النجاشی و إن استثناه ابن الوليد عن رجال نوادر الحكمة.

٣- معتبر أبی بصير قال: سألت أبا جعفر عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: «لا»، فقلت: إنّ الحكم بن عُتَيْبَةَ يزعم أنّها تجوز؟ فقال: اللّهمّ لا تغفر ذنبه ما قال اللّه للحكم (وَ إِنَّهُ لَذِكْرٌ لَكَ وَ لِقَوْمِكَ) ٣. ۴ و وصفه فی الجواهر بالخبر، و الأردبيلی بالرواية، و ما هو إلّا لورود سهل بن زياد فی سنده، و الأمر فی سهل، سهل و أمّا أبان فهو أبان بن عثمان الذی يعدّ من أصحاب الإجماع و قد أوضحنا معنى الكلمة المعروفة فی حقّه أنّه «ناووسی» فی كتابنا: كليات فی علم الرجال.

۴- موثقة عبيد بن زرارة عن أبيه قال: سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: «لو أنّ أربعة شهدوا عندی بالزنا على رجل و فيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً لأنّه لا تجوز شهادته و لا يؤمّ الناس». ۵ و فی السند إبراهيم بن محمّد بن الأشعری القمی الذی وثقه النجاشی و ابن فضال الفطحی الثقة، و عبيد بن زرارة الذی وصفه النجاشی بأنّه ثقة ثقة.

۵- و مرسلة العياشی عن عبيد اللّه الحلبی عن أبی عبد اللّه عليه السّلام قال: «ينبغی لولد الزنا أن لا تجوز له شهادته و لا يؤم الناس». ۶ و هی مشعرة بالكراهة.

---

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣١، أبواب الشهادات، الحديث ۶ و ٣.

(٢) ٣ الزخرف: ۴۴

(٣) ۴- ۶ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ١، ۴، ٩، ٨.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ٢، ص: ٣١٧

۶ خبر علی بن جعفر فی كتابه عن أخيه قال: سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: «لا يجوز شهادته و لا يؤم». «١»

و لعلّ هذا المقدار من الروايات التی فيها الصحيح و الموثق كاف فی تخصيص الكتاب و السنة.

بقی الكلام فی ما استثناه الشيخ و ابن حمزة من قبول شهادته فی الشیء الدون و قد وردت به رواية. و هی عن أبی عبد اللّه عليه السّلام أنّه سئل عن شهادة ولد الزنا فقال: «لا تجوز إلّا فی الشیء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً». «٢» رواه عيسى بن عبد اللّه ابن سعد بن مالك القمی الذی روى الكشی فی حقّه أنّ الصادق عليه السّلام قال: «هو منّا أهل البيت عليهم السّلام». «٣»

و قد أفتى بمضمونه الشيخ فی النهاية و ابن حمزة فی الوسيلة كما عرفت و وصفه المحقّق بالندرة و المراد كونه متروكاً غير معمول به و إلّا فالسند صحيح و الرواية مروية عن الحسين بن سعيد الأهوازی الثقة عن فضالة بن أيوب الأزدی الثقة، عن أبان بن عثمان و هو من أصحاب الإجماع عن عيسى بن عبد اللّه القمی. و حمله فی الوسائل على التقية.

و قال الأردبيلی: فی الطريق ضعف «۴» و أجاب العلامة فی المختلف عن الاستدلال بالرواية بأنّ قبول شهادته فی اليسير يعطی المنع من قبول الكثير من حيث المفهوم و لا يسير إلّا و هو كثير بالنسبة إلى ما دونه فإذن لا تقبل شهادته إلّا فی أقلّ الأشياء الذی ليس بكثير

بالنسبهٔ إلی ما دونه إذ لا دون له، و مثله

---

(۱) قرب الاسناد/ ۱۲۲، و ما فی الوسائل «تجوز شهادته» محمول علی سقط حرف النفی من نسخته و قد صرّح بأنّ المثبت فمن مسائل علی بن جعفر هو لا تجوز.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۵.

(۳) الکشی: معرفهٔ الرجال: ۲۸۱.

(۴) الأردبیلی: مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۳۸۱ و لم یعلم وجه الضعف و لعلّه خفی علیه المراد من عیسی بن عبد اللّه و لکنّک عرفته شخصه بقرینهٔ نقل أبان عنه.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۱۸

لا یتملک. «۱»

یلاحظ علی الأخیر بأنّ المراد هو الشیء الیسیر العرفی و من المعلوم أنّه فی العرف مضبوط و إن کان یختلف حسب الأجواء و البیئات.

و هل الممنوع هو الشهادهٔ و الإمامهٔ أو یعم المنعُ غیرهما کاستماع الطلاق و النکاح و لعلّ الثانی هو الأجود لأنّ الغایهٔ من الاستماع هو الشهادهٔ فلو کانت شهادته غیر جائزهٔ تکون قرینهٔ علی انصراف الدلیل عن مثله فلا یکفی حضور ولد الزنا فی مجلس العقد و الطلاق و إن لم یشهد بعدُ.

حکم من نالته بعض الألسن بکونه ولد زنا

قال المحقق: و لو جُهلت حاله قُبلت شهادته و إن نالته بعض الألسن.

و قد علل القبول بإطلاق الأدلهٔ و عمومها و المراد إطلاق أدلهٔ حجّیهٔ قول العادل و عمومها.

یلاحظ علیه: بأنّه من قبیل التمسک بالإطلاق و العام فی الشبههٔ المصداقیهٔ لأنّ الفرد المبهم دائر بین کونه داخلًا تحت العام أعنی قوله سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) (الطلاق/ ۲) أو خارجاً عن تحته و واقعاً تحت المقیّد و المخصص و فی مثله لا یُتَمَسّک بواحد منهما بل یکون المرجع هو الأصل العملی.

نعم یمکن التمسک بقاعدهٔ الفراش إذا ولد مِنْ اُمّ لها فراش و إن اشتهر فی الألسن أنّه ولید غیر زوجها فما لم یثبت الثانی فهو محکوم بکونه ولید الفراش.

و یظهر من صاحب الجواهر قبول شهادته و إن لم تکن هناک قاعدهٔ الفراش قال: بل و لو لم یکن فراش علی الأصح فی نحوه مما جاء النهی فیه علی طریق

---

(۱) ابن المطهر: المختلف الشیعهٔ، کتاب الشهادات: ۱۶۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۱۹

المانعیهٔ الظاهرهٔ فی اختصاص المعلوم دون المشکوک فیه الداخل فی العمومات. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ ظاهر کلامه هو اختصاص المخصص بالمعلوم دون المشکوک و الحقّ انّ الخارج هو ولد الزنا بوجوده الواقعی سواء کان معلوماً أو مجهولًا أو مشکوکاً، فلا یصحّ التمسک بالعمومات لکونه شبههٔ مصداقیهٔ للعام حسب الإرادهٔ الجدّیهٔ.

ثمّ إنّه یظهر منه تصحیح شـهادته عن طریق آخر و هو تنقیح موضوع العام المخصـص بأصل شـرعی و إحرازه به فیحکم بطهارة مولد کلّ من لم یعلم أنّه ابن زنا.

و لعلّ مراده هو التمسک باستصحاب العـدم الأزلی فی مورد الفرد المبهم حیث لم یکن ولـد زنا قبل الولادة فنشک فی انقلابه إلی خلافه بعد الولادة فیستصحب فیحکم علیه بکونه باقیاً علی العنوان العدمی إلی حین الولادة فیبقی تحت العام.

یلاحظ علیه: بتغایر القضیتین فإنّ المتیقن عدم کونه ولد زنا فی حال عدم الموضوع و المشکوک کونه کذلک بعد الولادة و إن شئت قلت المتیقن هو السالبة بانتفاء الموضوع و المشکوک هو السالبة بانتفاء المحمول و إسراء حکم أحدهما إلی الآخر أشبه بالقیاس و أنسب بالأصل المثبت.

تمّ الکلام فی شرائط الشاهد و لندخل فی بیان مستند الشهادة.

---

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۱۲۱ و فی العبارة حزازة و الأولی أن یقول: الظاهرة فی اختصاصها بالمعلوم دون المشکوک فیه فیدخل المشکوک فی العمومات.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۲۰

المقصد الثانی فی مستند الشهادة

اشارة

و قد عبّرنا عنه فی صدر الکتاب بقولنا: «بما ذا یصیر الشاهد شاهداً».

اتّفقت کلّمتهم علی أنّه یشترط فی الشهادة أن تکون مستندة إلی العلم إلّا ما خرج ممّا تکفی فیه الاستفاضة و الشیاع و إن لم تکن مفیدة للعلم کما سیوافیک الکلام فی الاستثناء و إلیک کلمات الأصحاب:

۱- قال المفید: و إذا نسی الشاهدُ الشهادةَ، أو شکّ فیها لم یجُز

له إقامتها، و إن أُحضِرَ کتاب فیه خطّ یعتَقد أنّه خطّه، و لم یَذکر الشهادة، لم یشهد بذلک، إلّا أن یکون معه رجل عدل یُقیم الشهادة فلا بأس أن یشهد معه. «۱»

۲- و قال الشیخ: لا یجوز للشاهد أن یشهد حتی یکون عالماً بما یشهد به حین التحمل و حین الأداء لقوله تعالی: (وَ لا تَقْفُ ما لَیسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ) (الاسراء/ ۳۶) و قال تعالی: (إِلّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ یَعْلَمُونَ) (الزخرف/ ۸۶).

و روی ابن عباس قال: سُئِل رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم عن الشهادة فقال: هل تری الشمس؟ قال: نعم قال: علی مثلها فاشهد أودع. «۲»

۳- و قال أیضاً: و إذا أراد إقامة شهادة، لم یجز له أن یقیم، إلّا علی ما یعلم، و لا یعوِّل علی ما یجد خطّه، به مکتوباً. فإن وُجد مکتوباً و لم یذکر الشهادة لم یَجز

---

(۱) المفید: المقنعة: ۷۲۸.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸۰ و لاحظ ص ۳۳۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۲۱

له إقامتها فإن لم یذکر، شهد معه آخر ثقة، جاز له حینئذ إقامة الشهادة. «۱»

۴- و قال أبو الصلاح الحلبی: و لا یحلّ أن یتحمّل شهادة لا یعلم مقتضاها من أحد طُرقِ العلم و إن رأی خطّه. «۲»

۵- و قال ابن البرّاج: إذا أراد إقامة شهادة لم یجز له إقامتها إلّا علی ما یعلم و لا یعتمد علی خطّه إن لم یکن ذاکراً للشهادة فإن لم یذکره و شهد معه آخر، جاز أن یقیمها و الأحوط الأوّل. «۳»

۶- و قال ابن حمزة: لا تجوز إقامة الشهادة لأحد إلّا أن یتحمّلها و هو عالم بها و العلم یحصل فی ذلک بأحد ثلاثة أشیاء: بالشهادة وحدها، و بالسماع و المشاهدة معاً، و بالسماع و الاستفاضة. «۴»

۷- و قال ابن إدریس: و إذا أراد إقامة شهادة لم یجز له أن یُقیم إلّا علی ما یعلمه و یُتقنه و یقطع علیه و لا یعوِّل علی ما یجد خطّه به مکتوباً، أو خاتمه به مختوماً لما قدّمناه من قوله تعالی: (وَ لَا تَقْفُ مَا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ) (الإسراء/ ۳۶) و قول الرسول صلَّی الله علیه و آله و سلَّم لما سئل عن الشهادة فقال للسائل: فهل تری الشمس، علی مثلها فاشهد أو دع. «۵» و ما روی عن الأئمّة الأطهار علیهم السَّلام فی مثل هذا المعنی أکثر من أن تحصی قد أورد بعضه شیخنا أبو جعفر فی استبصاره ثمّ نقل عن الشیخ الاعتمادَ علی خطّ الشاهد و الخاتم إذا شهد معه ثقة، ثمّ ردّ علیه بأنّه خبر واحد و قد عدل عنه الشیخ فی استبصاره. «۶»

۸- و قال المحقّق: و الضابط العلم ثمّ استدل بآیة سورة الإسراء و حدیث الرسول. «۷»

---

(۱) الطوسی: النهایة: ۳۳۰.

(۲) الحلبی: الکافی: ۱۳۶.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۶۱.

(۴) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۳۲.

(۵) الوسائل: الباب ۲۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳، مرسلة المحقق.

(۶) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۱.

(۷) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۲۲

۹- و قال العلّامة: مستند الشهادة هو العلم إلّا ما استثنی. «۱»

۱۰ قال الشهید الثانی: الأصل فی الشهادة البناء علی العلم و الیقین ثمّ استدل بالآیة و الحدیث النبوی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم. «۲»

۱۱- و قال المحقّق الأردبیلی: مستند الشهادة و ما یصیر به الشاهد شاهداً هو العلم الیقینی إلّا ما استثنی من الشهادة و الاستفاضة فی الأُمور الخاصة. «۳»

إلی غیر ذلک من الکلمات و یدل علیه مضافاً إلی ما عرفت فی کلماتهم من الآیة و الروایة النبویة صلَّی الله علیه و آله و سلَّم روایات:

۱- موثقة السکونی قال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «لا تشهد بشهادة لا تذکرها فإنّه من شاء کتب کتاباً و نقش خاتماً». «۴»

۲- خبر علیّ بن غیاث عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: «لا تشهدنّ بشهادة حتی تعرفها کما تعرف کفّک». ۵

۳- صحیح الحسین بن سعید قال: کتب إلیه جعفر بن عیسی: جعلت فداک جاءنی جیران لنا بکتاب زعموا أنّهم أشهدونی علی ما فیه، و فی الکتاب اسمی بخطی قد عرفته، و لست أذکر الشهادة و قد دعونی إلیها، فأشهد لهم علی معرفتی أنّ اسمی فی الکتاب و لست أذکر الشهادة؟ أو لا تجب الشهادة علیّ حتی أذکرها، کان اسمی فی الکتاب أو لم یکن؟ فکتب: «لا تشهد». ۶

۴- مرسلة الصدوق: قال: قال الصادق علیه السَّلام: «العلم شهادة إذا کان صاحبه مظلوماً». ۷

---

(۱) ابن المطهر: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۶۱.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۶.

(۳) المحقّق الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۵۱.

(۴) ۴- ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴، ۳، ۲، و جعفر بن عیسی فی السند ممدوح.

(۵) ۷ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۹.

نعم یُعارض ما ذکر صحیح عمر بن یزید الثقة المعروف ببیّاع السابری قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السَّلام: الرجل یُشْهِدنی علی شهادة فاعرف خطی و خاتمی و لا أذکر من الباقی قلیلًا و لا کثیراً قال: فقال لی: «إذا کان صاحبک ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له». «۱» و فی سند الحدیث الحسن بن علی بن النعمان و قد وثقه النجاشی فلا غبار علی السند و قد أفتی بمضمونه المفید فی المقنعة، و الشیخ فی النهایة، و جعل ابن البرّاج الأحوط فی خلافه و ردّه ابن إدریس بحماس و ربّما حُمل علی حصول العلم من رؤیة خطّه و شهادة أخیه و ردّ علیه ابن إدریس بقوله: «و أیّ علم یحصل له إذا شهد معه آخر ثقة و لم یذکر هو الشهادة فهذا یکون شاهداً علی شهادة و هو حاضر و لا تجوز الشهادة علی الشهادة إلّا إذا تعذّر علی شاهد الأصل، الحضورُ و هاهنا شاهد الأصل حاضر و أیضاً فلا بدّ أن یکون اثنین حتی یقوما مقامه و هاهنا شاهد الفرع واحد». «۲»

و علی کلّ تقدیر فالروایة مخالفة لمقتضی القواعد و لا یمکن رفع الید عنها بهذا الخبر.

۱ الشهادة استناداً إلی الاستصحاب

قد عرفت اتّفاقهم علی اشتراط العلم فی الشهادة فهل المراد من العلم فی المقام، هو العلم المنطقی أی الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، أو العلم العرفی و هو الاطمئنان الذی بمنزلة العلم عندهم أو المراد هو الحجّة الأعم من العقلیة و الشرعیة و یعمّ الأُصول العملیة وجوه، و الکلام مرکّز فعلًا علی الاعتماد علی الأدلّة الشرعیة کالبیّنة و الاستصحاب و الید و أصل البراءة أمّا البیّنة فسیأتی الکلام فیها و أنّها تکون من قبیل الشهادة علی الشهادة، إنّما الکلام فی الشهادة اعتماداً و

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۲.

استناداً إلی الاستصحاب فربّما یقال بجواز الشهادة به و ذلک بوجهین:

۱- الدلیل العام الدال علی حجّیة الاستصحاب بناءً علی إطلاقه الشامل لحال الشهادة.

یلاحظ علیه: أنّه ناظر لبیان تکلیف نفس الإنسان المتیقّن سابقاً، حیث یجوز له الاعتماد علیه فی طهارته و صلاته و صومه و أمّا جواز الاستناد إلیه فی مقام الشهادة علی الغیر فلا إطلاق فیه.

۲- ما روی صحیحاً عن معاویة بن وهب قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السَّلام: الرجل یکون فی داره، ثمّ یغیب عنها ثلاثین سنة و یدَع فیها عیاله ثمّ یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما أحدثَ فی داره و لا ندری ما أحدث له من الولد إلّا أنّا لا نعلم انّه أحدث فی داره شیئاً و لا حدَث له ولد، و لا تُقسَّم هذه الدار علی ورثته الذین تَرک فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل أنّ هذه الدار دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثاً بین فلان و فلان، أ وَ نشهدُ علی هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل یکون له العبد و الأمة فیقول: أبَقَ غلامی أو أَبَقَتْ أمتی، فیُؤخذ بالبلد فیکلفه القاضی البیّنة أنّ هذا غلام فلان لم یبعه و لم یهبه أ فنشهد علی هذا إذا کَلفناه و نحن لم نعلم انّه أحدث شیئاً؟ فقال: «کلّما غاب من ید المرء المسلم غلامه أو أمته، أو غاب

عنک لم تشهد به». «۱»

و یمکن الإجابهٔ عنه مضافاً إلی التعارض الصریح بین الصدر و الذیل حیث إنّه جوّز الشهادهٔ فی مسألهٔ الدار و حصر الوارث فی الموجود فیها و لکنّه لم یجوّز فی مورد العبد و الأمهٔ إذا ادعیا الحرّیهٔ حیث قال: «لم تشهد به» أنّ المقصود هی الشهادهٔ علی حدّ علمه و هو أنّه کان مالکاً للدار قبل ثلاثین سنهٔ و له من الأولاد ما علم حین ذاک و لیس له الشهادهٔ زائداً علی ما علم و هو أنّ الرجل کان

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۲۵

مالکاً إلی موته و لیس له من الأولاد إلّا هذا.

و یشهد لهذا الحمل روایته الأُخری قال: قلت له: إنّ ابن أبی لیلی یسألنی الشهادهٔ عن هذه الدار مات فلان و ترکها میراثاً و انّه لیس وارث غیر الذی شهدنا له، فقال: «اشهد بما هو علمک» قلت: إنّ ابن أبی لیلی یُحلفنا الغموس، فقال: «احلف إنّما هو علی علمک». «۱»

و علی ضوء ما ذکرنا یمکن دفع التعارض بین الصدر و الذیل بحمل النهی فی الشق الثانی، علی الشهادهٔ ببقاء المشهود به علی ما کان، و من المعلوم عدم العلم ببقاء الوضع السابق إلی الآن و حمل الشق الأوّل علی مقدار علمه و ما ذکرنا من التفریق و إن کان تصرفاً فی الروایهٔ لکنّه بالنظر إلی روایته الأُخری قریب.

و أمّا أثر هذه الشهادهٔ، فیظهر فیما إذا لم تکن الدار، بید الأولاد، فالشهادهٔ علی کون الأب مالکاً سابقاً، و هؤلاء أولاده فی ذلک الظرف یجعلهم صاحب الید، فمن ادعی خلافه، یکون مدّعیاً تجب علیه إقامهٔ البیّنهٔ، نعم لا یجوز للشاهد أن یستصحب فیشهد، لأنّه شهادهٔ علی غیر علم، نعم له العمل به فی حیاته الشخصیهٔ فی مورد المشهود به، کما أنّه لیس للقاضی الاستصحاب لأنّ أدلّهٔ القضاء منحصرهٔ فی البیّنهٔ و الیمین و الإقرار، نعم له أن یتخذه حجّهٔ حتی یثبت خلافه، لا أن یقضی علی وفقه لأنّ من بیده الدار، له حجّهٔ شرعیهٔ علی مالکیته، و لا یحتاج إلی الحکم بأنّه له و إنّما یکون أثر العلم السابق أنّ للقاضی أن یطلب من مدّعی الخلاف البیّنهٔ فإذا لم یأت به انتهی النزاع بعدم إثباته.

۲- الشهادهٔ استناداً إلی الید

اشارهٔ

مقتضی القواعد، عدم جواز الشهادهٔ استناداً إلی الید و إن کان یجوز

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۷، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۲۶

العمل بها فیما یرجع إلی الحیاهٔ الشخصیهٔ، کما یجوز له الإخبار بذلک عند السؤال، إذا لم یکن هناک ترافع و نزاع إنّما الکلام فی الشهادهٔ فی المحکمهٔ عند الترافع و التنازع اعتماداً علی الید، فالظاهر عدم الجواز لعدم العلم المعتبر فی موضوع الشهادهٔ، لکن المتبادر من معتبرهٔ حفص بن غیاث، جوازها اعتماداً علیها. ففیها عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال قال له رجل: إذا رأیتُ شیئاً فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنّه له؟ قال: «نعم» قال الرجل: أشهد أنّه فی یده و لا أشهد أنّه له فلعلّه لغیره، فقال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: «أ فیحلّ

الشراء منه؟» قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: «فلعلّه لغیره، فمن أین جاز لک أن تشتریه و یصیر ملکاً لک ثمّ تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه مِنْ قِبَلِه إلیک» ثمّ قال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق». «۱»

أقول: إنّ هنا أُموراً ثلاثة:

۱- جواز العمل بمقتضی الید فی الحیاة الشخصیة.

۲- جواز الإخبار بأنّه له.

۳- جواز الشهادة عند النزاع و الترافع استناداً إلی الید.

و الظاهر أنّ المراد من «الشهادة بأنّه له»؟ هو الإخبار بأنّه له، لا الاستناد إلیه فی مقام الشهادة و الدلیل علیه أمران:

أ: لو کان التسلط مسوّغاً للشهادة یلزم عدم انفکاک ذی الید عن البیّنة فی مورد من الموارد لأنّ الاستیلاء یسمح لکل عادل أن یشهد أنّه له، مع أنّهم یقسمون ذا الید إلی ذی بیّنة و عدمها.

ب: إنّ قوله: «و إلّا لما قامَ للمسلمین سوق» دلیل علی جواز الاستناد إلی

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

الید فی الحیاة الشخصیة، و مقام الإخبار لا غیر.

و الحاصل أنّ الأدلة الدالة علی عدم جواز الشهادة إلّا بالعلم قویّ لا یمکن تخصیصه بهذه الأُمور.

بقی الکلام فی مورد واحد ربّما یعدّ نقضاً للقاعدة و هو جواز الشهادة علی إقرار المرأة إذا حضر من یعرفها و إن لم یعرفها الشاهد، ففی خبر علی بن یقطین عن أبی الحسن الأوّل علیه السَّلام قال: لا بأس بالشهادة علی إقرار المرأة و لیست بمسفرة إذا عرفت بعینها أو حضر من یعرفها. (و لا یجوز عندهم أن یشهد الشهود علی إقرارها دون أن تسفر فینظر إلیها)، فأمّا إذا کانت لا تعرف بعینها و لا یحضر من یعرفها، فلا یجوز للشهود أن یشهدوا علیها و علی إقرارها دون أن تسفر و ینظرون إلیها. و ما بین القوسین رواه الصدوق فی الفقیه، کما أنّ ما بعدهما رواه الکلینی فی الکافی. «۱»

و ربّما یستظهر من مکاتبة الصفار إلی أبی محمّد الحسن بن علی علیهما السَّلام التعارض و هی: فی رجل أراد أن یشهد علی امرأة لیس لها بمحرم، هل یجوز له أن یشهد علیها من وراء الستر و یسمع کلامها إذا شهد عدلان أنّها فلانة بنت فلان التی تشهدک و هذا کلامها، أو لا تجوز الشهادة حتی تبرزنَّ و تثبتها بعینها؟ فوقع علیه السَّلام: «تتنقب و تظهر للشهود إن شاء اللّه» و قال الصدوق: و هذا التوقیع عندی بخطه علیه السَّلام «۲».

و فی الجواهر أنّ قوله: «تتنقب و تظهر للشهود» محمول علی التقیّة لما ورد فی

(۱) الفقیه: ۳/ ۴۰، الکافی: ۷/ ۴۰۰، و العجب أنّ صاحب الوسائل، صرح فی فهرس الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴۳ من أبواب الشهادات بأنّ فی هذا الباب ثلاثة أحادیث مع أنّه فی المطبوع الذی بأیدینا لیس فیه إلّا حدیث واحد و هذا دلیل علی أنّ النسخة غیر صحیحة، و قد رأیت فیما بعد الحدیث فی نسخة الوسائل تحقیق مؤسسة آل البیت، ج ۲۷، ص ۴۰۱، الباب ۴۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

(۲) الفقیه: ۳/ ۴۰، برقم ۱۳۲. و قد سقط من الوسائل المطبوعة.

الروایة الأُولی: «من أنّه لا یجوز عندهم أن یشهد الشهود علی إقرارها دون أن تسفر إلیها».

و لا وجه للحمل على التقية، إذ من الجائز أن يكون لتحمّل الشهادة طرق ثلاثة:

۱- أن يعرفها الشاهد. ۲ أن يحضر فى مجلس الشهادة من يعرفها. ۳ أن تبرز بالنقاب الذى يستر شيئاً من الوجه، و يبدى شيئاً و ليست المكاتبة صريحة فى ردّ الأوليين. و على كلّ تقدير، فالرواية الأُولى محمولة على ما إذا حصل العلم و أمّا تخصيص الأدلة فهو بعيد لإباء لسان عمومات اشتراط العلم.

مستند الشهادة إمّا مشاهدة أو سماع أو كلاهما

إذا كانت صحّة الشهادة مشروطة بعلم الشاهد، فإنّ أدوات العلم إمّا الشهود بالعين، أو السماع أو بهما.

فلا يشهد على الأفعال إلّا بالمشاهدة، و لأنّ آلة السمع لا تدركها كالغصب و السرقة و القتل و الرضاع و الولادة و الزنا و اللواط فلا يصير شاهداً بشىء إلّا مع المشاهدة من غير فرق بين كونه سامعاً أو أصم، لأنّ السمع ليس دخيلًا فيها و يكفى فى حقّه الإطلاق.

و ما يخالفه أعنى ما رواه إسماعيل بن مهران الثقة، عن درست، عن جميل قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السَّلام عن شهادة الأصم فى القتل؟ فقال: «يؤخذ بأوّل قوله و لا يؤخذ بالثانى» «۱»، فهو مخدوش من جهات:

۱- عدم صحّة السند، فانّ درست بن منصور لم يوثق.

۲- احتمال كون الأصم مصحف «الصبى» حيث ورد فيه هذا المضمون

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۲۹

فيه.

قال فى الوافى: و العلّة فيه غير ظاهرة و يحتمل أن يكون قد بُدِّل الصبى بالأصم فإنّ الصبى هو الذى يختلف فى قوله و لا دخل للسمع فى شهود القتل و صدوره من المشهود عليه و إنّما المدار على البصر. «۱»

۳- على أنّ الثانى لو كان منافياً للأوّل كان رجوعاً عن الشهادة فلا يقبل و إن لم يكن منافياً، لا يكون ثانياً. «۲»

و الظاهر قبول شهادته فيما يعتبر فيه المشاهدة فقط. و قال سيّدنا الأُستاذ: يجوز للأعمى و الأصم تحمّل الشهادة و أداؤها إذا عرفا الواقعة و تقبل منهما فلو شاهد الأصمّ الأفعال جازت شهادته فيها و لو سمع الأعمى و عرف صاحب الصوت علماً جازت. و كذا يصحّ للأخرس تحمل الشهادة و أداؤها فإن عرف الحاكم إشارته يحكم و إن جهلها اعتمد فيها على مترجمين عدلين و تكون شهادته أصلًا. و يحكم بشهادته «۳».

و سوف نرجع إلى البحث عن الأعمى و الأخرس حسب ترتيب الشرائع و إن كان الأولى البحث عن الجميع فى المقام و لكن المحقّق أخّر البحث عنهما.

كفاية العلم المستند إلى الحس

قد عرفت لزوم استناد الشهادة إلى العلم و أنّه لا تكفى فيها الظنون و لا الحجج الشرعية و مع ذلك يقع الكلام فى موضعين:

۱- هل يكفى مطلق العلم و إن كان مستنداً إلى غير الحس كالأسباب غير

---

(۱) الفیض: الوافی: أبواب قضاء الشهادات/ ۱۴۶، الطبعهٔ الحجریهٔ.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۱/ ۱۲۸.

(۳) الإمام الخمینی: التحریر، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۴، ص ۴۴۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۳۰

العادیـهٔ من الجفر و الرمل و غیرهما أو یشترط أن یکون مسـتنداً إلی الأسـباب العادیـهٔ کالحواس الظاهریـهٔ. لا شکّ فی اعتبار الثانی و انصـراف الأدلّهٔ عن الأوّل و إن کان القطع الحاصل منهما حجّهٔ للقاطع فی حیاته الشخصـیهٔ و هذا کاشتراط کون الفتوی مستنبطهٔ من الکتاب و السنّهٔ و العقل و لا اعتبار بالمستنبطهٔ من غیرها.

۲- هل یکفی مطلق العلم الحاصل من الأُمور العادیهٔ و الحواس الظاهریهٔ من دون التزام أن یکون العلم المتعلّق بالمبصرات، حاصلًا من الإبصار و المشاهدهٔ، بل یکفی و إن حصـله من السـماع، و بالعکس أولا، مثلًا لو حصل العلم بالقتل الذی هو من المبصـرات من الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرینـهٔ فهـل للشاهـد أن یشـهد بالمسبب مضافاً إلی السـبب بحجّـهٔ أنّ الملاک هو العلم الحاصل من الحس و المفروض أنّه حاصل من سـماع الخبر المتواتر أو لا یکفی بحجّهٔ أنّ المتیقن من الأدلهٔ هو استناد الشهادهٔ إلی العلم الحاصل من الحس المختص بنوع الواقعهٔ و هو المشاهدهٔ فی المبصرات و السماع فی المسموعات قولان.

ذهب صاحب الریاض إلی المنع، خلافاً لصاحب الجواهر حیث اختار الجواز و استدل القائل بالمنع بوجوه و هی:

۱- إنّ الشـهادهٔ مأخوذهٔ من الشـهود و هو لغهٔ الحضور، و المعتمد علی السـماع فی المبصـرات لم یحضر الواقعهٔ فلا یقال له إنّه شهد و حضر بل یوصف الشاهد بأنّه لم یکن شاهداً و حاضراً للمشهود به.

۲- إنّ فی قول النبی الأکرم صـلّی الله علیه و آله و سـلّم و قد سـئل عن الشـهادهٔ و قال: «هل تری الشمس علی مثلها فاشهد أو دع» «۱» إشـعاراً باعتبار الرؤیهٔ فی الشـهادهٔ فی خصوص المبصـرات و مثله قول الإمام الصادق علیه السّلام: «لا تشـهدن بشهادهٔ حتی تعرفها کما تعرف کفّک». «۲»

۳- إنّ القطع المستند إلی الحس الباطنی ربّما یختلف شدّهٔ و ضعفاً فکیف یطمئن بشهادته و هذا.

۴- و هذه الوجوه و إن اقتضـی عدم الاکتفاء بالعلم المسـتند إلی التسامع و الاسـتفاضهٔ فی ما سـیأتی من الموارد السبعهٔ إلّا أنّ الإجماع کاف فی الاکتفاء به فیها مضافاً إلی قضاء الضرورهٔ و مسیس الحاجهٔ إلیه اللّذین استدلوا بهما للاکتفاء به.

---

(۱) النوری: المستدرک، الجزء ۱۷، الباب ۱۵ من کتاب الشهادات، الحدیث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۳۱

۵ و لو شککنا فی کفایهٔ السماع فی مورد المبصرات فمقتضی الأصل هو عدم القبول. «۱»

هذا خلاصهٔ ما أفاده القائل بالمنع و أجاب صاحب الجواهر عن هذه الوجوه بما یلی بتلخیص منّا:

۱- لو کان الحضور شـرطاً فی صـحّهٔ الشـهادهٔ فلیس لنا أن نشهد بتنصیب النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم علیّاً علیه السَّلام للإمامهٔ و لا علی ما صدر من الخلفاء بالنسبهٔ إلی بنته و حبیبته إذ لم نکن نحن حاضرین فی الواقع مشاهدین إیّاه بل وصل إلینا من طریق السماع.

۲- لو کان الإبصار بالعین شـرطاً فی الشـهادهٔ فی مورد المبصـرات لزم عدم صـحّهٔ شـهادهٔ الأعمی فیها مع ما ورد من صحّهٔ شهادته إذا أثبت. «۲»

۳- إنّ الموارد السـبعهٔ مستثناهٔ من اعتبار العلم فی الشهادهٔ حیث إنّه یشترط فیها العلم إلّا هذه الموارد بل یکفی فیها الظن المتاخم للعلم الذی یعبر عنه بالاطمئنان و قد غفل المستدل و زعم أنّها مسـتثناهٔ من شـرطیهٔ المشاهدهٔ فی المبصـرات إلّا فیها. نعم عبارهٔ المحقق کما

يأتى فى البحث التالى يوهم ذلك.

۴- إنّ الشهادة هو الإخبار الجازم من غير مدخلية الحضور فعندئذ يكون

---

(۱) السيّد على: رياض المسائل: ۲/ ۳۸۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۲ من كتاب الشهادات، الحديث ۱، ۲، ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۳۲

العلم الضرورى الحاصل من المتواتر كالعلم الحاصل من المشاهدة.

۵- و الذى يدل على عدم اعتبارها أنّ الشهادة لا تتوقف على المشاهدة و السماع بل يكفى الذوق فى المذوقات و الشم فى المشمومات، و الحس فى الملموسات. «۱»

و يؤيد ما ذكره من أنّ استثناء السبعة يرجع إلى الاستثناء من لزوم تحصيل العلم هو أنّ العلامة ذكر فى موردها العبارة التالية و قال: الشرط الرابع العلم و هو شرط فى جميع ما يشهد به إلّا النسب، و الملك المطلق، و الموت، و النكاح، و الوقف، و العتق و الولاء فقد اكتفى فى ذلك بالاستفاضة بأن تتوالى الأخبار عن جماعة من غير مواعدة أو تشتهر حتى يقارب العلم. «۲»

و نقول إكمالًا لدليل المجوّز: إنّ الشهادة و إن كان يستعمل فى معنى الحضور كما فى قوله: (وَ لْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) (النور/ ۲) أى فليحضر عذابهما طائفة منهم، لكنّه استعمل فى الذكر الحكيم فى مطلق العلم الجازم قال سبحانه حاكياً عن لسان اخوة يوسف: (فَقُولُوا يا أَبانا إِنَّ ابْنَكَ سَرَقَ وَ ما شَهِدْنا إِلَّا بِما عَلِمْنا) (يوسف/ ۸۱) مع أنّهم لم يحضروا وقت السرقة و إنّما علموا بها من إخراج صواع الملك من رحله، و مع ذلك قالوا «و ما شهدنا» و منه قوله سبحانه: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلهَ إِلَّا هُوَ وَ الْمَلائِكَةُ وَ أُولُوا الْعِلْمِ قائِماً بِالْقِسْطِ) (آل عمران/ ۱۸) إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة التى استعملت فيها تلك المادة فى مطلق العلم و التفريق بين هذه الآيات و الروايات الواردة فى باب ثبوت الدعوى بشهادة العدلين بتخصص الثانية للمشاهدة و الرؤية، تفكيك بلا وجه بعد كون المادة موضوعة للمعنى الواحد و مستعملة فى جميعها بملاك فارد.

و أمّا الروايتان فهما ناظرتان إلى لزوم تحصيل العلم القطعى و عدم كفاية الظن لا إلى أنّه تشترط المشاهدة فى المبصرات.

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۱۳۰.

(۲) ابن المطهر: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۳۳

و الحقّ أنّ العمومات الواردة فى باب الشهادات تعمّ العلم بكل خبر يكون العلم مستنداً إلى الحس سواء كان مدركاً بالمشاهدة أو بغيرها و لأجل ذلك نكتفى فى غير المبصرات و المسموعات بالحواس الثلاثة الأُخر.

نعم يجب أن لا يتسرّع الشاهد فيتخيل الظنّ الغالب علماً كما أنّه ربّما يقطع بما لا يفيد القطع خصوصاً إذا انضم إليه بعض الأغراض النفسانية بخلاف العلم الحاصل بالأُمور المفيدة له. عرفاً عند المستقيمين الخالين عن الأغراض الذين لهم قابلية النقد و التميز بين المراتب فانّه لا يتخلّف غالباً. «۱»

ما يكفى فيه التسامع و الشياع

و اعلم أنّ المحقّق ذكر أنّ مستند الشهادة إمّا المشاهدة أو السماع أو هما فقال، فما يفتقر إلى المشاهدة، الأفعال، إلى أن قال: «و ما

يكفى فيه السماع فالنسب و الموت و الملك المطلق، لتعذّر الوقوف عليه مشاهدة فى الأغلب. «۲»

و الظاهر أنّ قوله: «فما يكفى فيه السماع» تبيين للشق الثانى من مصادر الشهادة حيث جعل مصدر الشهادة المشاهدة تارة و السماع أُخرى، و يؤيد ذلك أنّه لا يذكر ما يكفى فيه السماع بعد ذلك شيئاً و إنّما ينتقل بعد ذكر أُمور ترتبط بالاستفاضة، إلى الثالث أعنى ما يشترط فيه المشاهدة و السماع.

و هناك احتمال آخر و هو أنّه ليس راجعاً لبيان حكم الشق الثانى بل العبارة ناظرة إلى الاستثناء من شرطية العلم و أنّه ليس بشرط فى الموارد الثلاثة التى ذكرها و على ذلك فالسماع فى عبارته بمعنى التسامع المرادف بالشياع و الاستفاضة. و تشهد بذلك عبارة العلّامة فى الإرشاد حيث قال: الرابع من الشرائط العامة: العلم و هو شرط فى جميع ما يشهد به إلّا النسب إلى آخر ما ذكره.

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۱۳۱.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۳۴

و اعلم أنّ فى الاستفاضة مسألتين:

الأُولى: ما ذا يثبت بالاستفاضة؟ و قد مرّ البحث عنهما فى كتاب القضاء حيث قال المحقق: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضة و كذا يثبت بها النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق، فللقاضى أن يقضى بهذه الأُمور لو ثبت عنده بالاستفاضة. «۱»

الثانية: هل يجوز للشاهد أن يشهد بما ثبت عنده بالاستفاضة لا بالمشاهدة و الرؤية و هذه هى المبحوث عنها فى المقام.

نعم إنّ المحقّق أيضاً ينتقل إلى البحث عن المسألة الأُولى أيضاً فى المستقبل فانتظر.

و على كلّ تقدير فقد اختلفت كلمتهم فيما يصحّ الشهادة عليه بالاستفاضة فقد استثنى ابن الجنيد النسب فقط قال:

۱- لا تصح الشهادة بالشائع من الأُمور إلّا أن تتصل الشهادة بالشهادة إلى إقرار، أو رؤية إلّا فى النسب وحده. «۲»

۲- قال الشيخ: فأمّا ما يقع العلم به سماعاً فثلاثة أشياء: النسب و الموتِ و الملكِ المطلق.

و مراده من العلم هو الاطمئنان أو الظن القوى المتاخم للعلم بشهادة ذيل كلامه حيث قال:

أمّا النسب فإذا استفاض فى الناس أنّ هذا فلان بن فلان صار متحملًا للشهادة له بالنسب إلى أن قال: و لأنّه لا يمكنه التوصل إلى معرفته قطعاً فصار عالماً متحمّلًا للشهادة بالاستفاضة.

ثمّ إنّه قدس سره أفاض الكلام فى الموت و الملك المطلق و قال ما هذا حاصله:

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۰.

(۲) ابن المطهر: المختلف، كتاب الشهادات ۱۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۳۵

و أمّا الموت فكذلك يتحملها بالاستفاضة لأنّ أسباب الموت كثيرة مختلفة فإذا سمع الناس يقولون قد مات فلان صار شاهداً بموته.

و أمّا الملك المطلق فكذلك إذا استفاض فى الناس أنّ هذا ملك فلان من دار أو دابة أو عبد أو ثوب صار شاهداً بذلك لأنّ أسباب الملك كثيرة مختلفة، يُملك بالشراء، و الهبة، و الغنيمة، و الإحياء، و الإرث، فلهذا صار به شاهداً بالاستفاضة كالموت و النسب سواء. فإذا ثبت هذا فإنّما يشهد بالملك المطلق بالاستفاضة دون سببه فلا يقول ملكه بالشراء أو بالهبة أو بالإحياء أو غنيمة لأنّ هذه الأسباب لا يشهد بها بالاستفاضة. «۱»

۳- و قال فى الخلاف: تجوز الشهادة على الوقف و الولاء و العتق و النكاح بالاستفاضة كالملك المطلق و النسب و للشافعى فيه

وجهان فقال الاصطخری مثل ما قلناه و قال غیره لا یثبت شیء من ذلک بالاستفاضهٔ و لا یُشهد علیها بذلک دلیلنا أنّه لا خلاف أنّه یجوز لنا الشهادهٔ علی أزواج النبی و لم یثبت ذلک إلّا بالاستفاضهٔ لأنّا ما شهدناهم و أمّا الوقف فهو مبنیّ علی التأبید فإن لم تجز الشهادهٔ بالاستفاضهٔ أدّی إلی بطلان الوقوف لأنّ شهود الوقف لا یبقون أبداً فإن قیل یجوز تجدید شهادهٔ علی شهادهٔ أبداً قلنا: الشهادهٔ علی الشهادهٔ لا تجوز عندنا إلّا دفعهٔ واحدهٔ و أمّا البطن الثالث فلا یجوز علی حال. و علی هذا یؤدی إلی ما قلناه. «۲»

فلو ذکر الشیخ فی المبسوط موارد ثلاثهٔ، فقد أضاف فی الخلاف إلیها موارد أربعهٔ فصارت الموارد سبعهٔ.

۴- و قال قطب الدین الکیدری: و لا یحصل العلم بالمشهود علیه إلّا بمشاهدهٔ أو سماع أو بهما معاً إلی أن قال و الثانی (السماع): النسب و الموت و الملک المطلق یعلم ذلک بالاستفاضهٔ. «۳»

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸۱۱۸۰.

(۲) الطوسی: الخلاف، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۱۵.

(۳) قطب الدین الکیدری: اصباح الشیعهٔ: ۵۳۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۳۶

۵ و قال المحقّق فی المختصر النافع: أمّا السماع فیثبت به النسب و الملک و الوقف و الزوجیهٔ. «۱» فقد ذکر منها أربعهٔ مع أنّه اکتفی فی الشرائع علی الثلاثهٔ حیث قال:

۶- و ما یکفی فیه السماع فالنسب و الموت و الملک المطلق لتعذّر الوقوف علیه. «۲»

۷- و قال العلّامهٔ: و یثبت بالسماع: النسب و الملک المطلق و الوقف و الزوجیهٔ. «۳»

و قد اقتصر علی موارد أربعهٔ: مع أنّه وسَّع الأمر فی الإرشاد حیث قال: و العلم شرط فی جمیع ما یُشهد به إلّا النسب و الملک المطلق و الموت و النکاح و الوقف و العتق و الولایهٔ فقد اکتفی فی ذلک بالاستفاضهٔ. «۴»

إنّ المستثنی منه فی کلام الکیدری و المحقّق، هو الرؤیهٔ و المشاهدهٔ و أنّه لا یعتبر فیها المشاهدهٔ، لا أنّه لا یعتبر فیها العلم، نعم صریح کلام الشیخ و العلّامهٔ، انّ المستثنی منه هو اعتبار العلم إلّا فی هذه الموارد، و قد استثنی فی بعض الکلمات أربعهٔ، و فی بعضها سبعهٔ، إلی سبعهٔ عشر.

و الدلیل علی الاستثناء أمران:

۱- مرسل یونس: «خمسهٔ أشیاء یجب علی الناس أن یأخذوا فیها بظاهر الحکم: الولایات، و التناکح و الأنساب و الذبائح و الشهادات» «۵» إذا فسر الحکم بحکم الناس، و قد مرّ تفسیره فی محلّه. «۶»

---

(۱) نجم الدین الحلی: المختصر النافع: ۲۸۹، ط مصر.

(۲) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۳.

(۳) ابن المطهر: تبصرهٔ المتعلّمین.

(۴) ابن المطهر: الإرشاد: ۲/ ۱۶۰.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱.

(۶) لاحظ ج ۱ من هذا الکتاب.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۳۷

۲ ما ورد عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام فی قضیهٔ إسماعیل عند ما دفع بضاعته لشارب الخمر لیتّجر به و لامه الإمام و اعتذر اسماعیل

بأنّه لم يره يشرب الخمر إنّما سمع الناس يقولون: «يا بنىّ إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول فى كتابه: (يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ) يقول: يصدِّق اللّه و يصدّق للمؤمنين». «۱»

أقول: الحديث الأوّل مرسل يشمل على غير ما ذكره الأصحاب، و لا صلة للثانى بالمقام إذ ليس المراد من التصديق ترتيب الآثار الشرعية، بل التحذر و العمل بالاحتياط و هو غير المطلوب.

و التحقيق أن يقال: لو كان الاستثناء راجعاً إلى اعتبار المشاهدة فى المبصرات إلّا فى هذه الموارد لتعذّر الوقوف عليها عن طريق الرؤية غالباً به كما هو صريح المحقق. مع افتراض حصول العلم من الشياع الموجود فى مواردها، فإنّ الاستثناء إنّما يصحّ على القول بشرطية المشاهدة فى المبصرات و أمّا لو قلنا بكفاية كون العلم مستنداً إلى الحس فلا موضوع للاستثناء، و على فرض صحّة الاستثناء فالظاهر أنّه يعمّ كلّ مورد يتعذّر الوقوف عليه عن طريق المشاهدة من غير فرق بين السبعة و ما فوقها.

و إن قلنا: إنّ الاستثناء راجع إلى شرطية العلم فى الشهود، إلّا فى هذه الموارد كما هو صريح الشيخ فى المبسوط و العلّامة فى الإرشاد فيقع الكلام تارة فى عمل الشاهد بالاستفاضة أو لا، و جواز إخباره عنه أُخرى، و الشهادة بها ثالثاً.

أمّا الأوّل فلا شكّ فى حجّية الاطمئنان الحاصل من الاستفاضة للشاهد كما يجوز الإخبار عن هذه الأُمور، سبباً (الاستفاضة) و مسبباً أى النسب و الموت و غيرهما.

إنّما الكلام فى الشهادة على هذه الأُمور، فلا يحكم بالجواز إلّا بعد الدليل

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب الوديعة، الحديث ۱. و الآية ۶۱ من سورة التوبة.

المعتبر على جوازها فى هذه الموارد كالسيرة لأنّ اعتبار العلم فى الشهادة أمر قطعى لا يمكن العدول عنه إلّا بمثله و لعلّ السيرة موجودة فى النسب و النكاح، الوقف دون سائرها خلافاً للشيخ حيث قال: و أقلّ ما يتحمّل به الشهادة أن يسمع عدلين فصاعداً يقولون ذلك فإذا شهد بذلك فهو شهادة ابتداء و لا يشهد به من حيث الشهادة على الشهادة. «۱» و أورد عليه المحقّق بأنّ الملاک لو كان الظن فإنّه يحصل بخبر الواحد، مع أنّه لا يجوز الشهادة معه على المسبب. «۲»

نعم و أمّا الشهادة على نفس الاستفاضة فهو جائز مطلقاً لكونه أمراً سماعياً و المفروض وجود شرطها لكنّها لا تنفع فى القضاء.

فرعان:

الأوّل: إذا شهد بالملک و سببه

قد تعرفت إنّ الثابت بالاستفاضة أُمور خاصة، و مما يثبت بها هو الملک المطلق أى ما لا يعيّن سببه.

ثمّ إنّ سبب الملک على قسمين: قسم يثبت مثل مسبّبه بالاستفاضة كالموت فانّه سبب للميراث الذى هو عبارة أُخرى عن ملک الوارث بموت المورّث، فالسبب، و مسبّبه هنا سيّان فى الثبوت بالاستفاضة. و قسم لا يثبت بها و إن كان مسبّبه يثبت بها، كالبيع و الهبة و الاستغنام.

فإذا استفاض أنّ هذا ملک زيد و ورثه عن أبيه، فللشاهد أن يشهد بالمسبب و سببه لأنّ كليهما يثبتان و أمّا إذا استفاض أنّ هذا ملک لزيد اشتراه من عمرو فليس له إلّا أن يشهد بالمسبّب دون السبب لأنّه لا يثبت بها فلو شهد بالأمرين هل تقبل الشهادة بالنسبة إلى المسبّب الذى كانت شهادته مقبولة فيها

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء؛ ج۲، ص: ۳۳۸

(۲) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۳.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۳۹

لو کانت مجردهٔ عن الشهادهٔ علی السبب؟ فیه وجهان:

۱- لا تقبل الشهادهٔ، لأنّها لا تبعّض.

۲- تقبل و تلغی الضـمیمهٔ و هی الشـهادهٔ علی السـبب الـذی لا یثبت بالاسـتفاضهٔ، لوجود المقتضـی للقبول فی أحـدهما دون الآخر و الأخیر مختار المحقق و هو الحقّ، إذ لا تبطل الشهادهٔ بضم الشهادهٔ علی أمر لا تقبل فیه الشهادهٔ.

و أمّا الثمرهٔ فهی مبتیهٔ علی قاعدهٔ مسلّمهٔ لدی العامهٔ و کثیر من الأصحاب و قد مرّ بیانها عند البحث عن تعارض البیّنتین و هی أنّ البیّنهٔ المتضمّنهٔ لبیان السبب، متقدّمهٔ علی البیّنهٔ المجرّدهٔ عنه، المقتصرهٔ بالمسبب.

و علی ضوء هذا فنذکر فروعاً ترجع إلی القسمین:

۱- فلو شـهد البیّنهٔ بالاسـتفاضهٔ علی السـبب و المسبب و قال: استفاض قول الناس بأنّ الدار ملک لزید، ورثه عن أبیه المیّت و شهدت بیّنـهٔ أُخری عن غیر طریق الاسـتفاضهٔ علی خلافها، و أنّه ملک لبکر اشتراه من خالـد، تکون البیّنتان متعارضتین لتساویهما فی الشـهادهٔ علی الأمرین و ثبوتهما حسب الفرض بکلتا البیّنتین.

۲- و لو شـهدت البیّنهٔ الثانیهٔ علی المسبّب فقط دون السبب رُجّحت البیّنهٔ الأُولی علیها، لاشـتمالها علی الشـهادهٔ بالمسبّب و السبب، المقبولهٔ فیه الشهادهٔ دون البیّنهٔ الأُخری.

هذا کلّه حول القسم الأوّل و أمّا القسم الثانی أی ما یثبت المسبّب بالاستفاضهٔ دون السبب فنقول:

۳- لو قال الشاهد اسـتفاض قول الناس بأنّ الدار لزید اشتراها من عمرو، فعلی القول بحجّیته فی خصوص المسـبب و أنّ الضـمیمهٔ غیر قادحهٔ لو تعارضت مع بیّنهٔ أُخری غیر مستندهٔ إلی الاسـتفاضهٔ و شـهدت علی المسبّب و سببه، رجّحت الثانیهٔ علی الأُولی، لاشـتمالها علی ذکر السبب و عدم قبول شهادهٔ البیّنهٔ الأُولی فی

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۴۰

جانب السبب.

۴- تلک الصورهٔ و لکن کانت البیّنهٔ مجرّدهٔ عن الشهادهٔ بالسبب، لتکافأت الشهادتان. کلّ ذلک علی القول بالتبعیض فی مفاد الشهادهٔ و إلا ففی الثالث و الرابع، تُقَدَّم البیّنهٔ الأُخری علی البیّنهٔ المستندهٔ علی الاستفاضهٔ.

و لاـ یخفی وجود التعقیـد فی عبـارهٔ المحقّق فی المقـام. ثمّ إنّه یریـد من قوله «و الفرق تکلف»: أنّ التفریق فی القسم الثانی (أی ما لا یثبت فیه السبب بالاسـتفاضهٔ) بـالقبول فیما إذا شـهدا بالملک المطلق مجرداً عن ذکر السـبب و عـدم قبوله فیما إذا اشتمل علی ذکره کالبیع تکلف و ذلک لأنّ ضمیمهٔ ما لا یثبت بالاستفاضهٔ لا تقدح فی ثبوت ما یثبت بها أی الملک المطلق.

الثانی: إذا تعارض السماع المستفیض مع الید

لا یشترط فی الشـهادهٔ بالاستفاضهٔ علی الملک المطلق، انضمام ید المشهود له أو تصرفه، لما مرّ من أنّ الملک المطلق یثبت بها لتعدد أسـبابه و خفـاء بعضـها فلاـ یفتقر إلی انضـمام أمر آخر، و لو اشترط لزم ردّ الشـهادات الکثیرهٔ إلّـا أنّ الکلاـم فیما إذا کان لواحـد من

المدّعيين يد و لآخر سماع مستفيض ففى ترجيح أحدهما وجهان:

۱- ترجيح السماع لأنّه يفيد الملك الحال، بخلاف اليد لأنّها تحتمل غير الملك من العارية و الإجارة و الغصب بخلاف الملك الصريح.

۲- الثانى ما اختاره المحقّق من تقديم اليد على السماع المستفيض و علّله بوجه عليل و قال لأنّ السماع قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك و غيره، و لا تزال اليد بالمحتمل. «۱»

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۴۱

و حاصله: أنّ السماع مشترك بين الملك و الاختصاص كما هو مفاد قولهم هو لزيد: فيحتمل أنّه ملك زيد أو مختص به.

يلاحظ عليه: أنّه خلف الفرض لأنّ المفروض أنّ الاستفاضة دلّت على أنّه ملكه لا أنّه من مختصاته.

مسائل ثلاث

المسألة الأُولى: فيما إذا كان هناك يد و تصرف دون الاستفاضة

كان المذكور فى الفرع السابق أمرين:

۱- تجوز الشهادة بالاستفاضة و إن كانت مجردة عن اليد و التصرف.

۲- إذا كان فى جانب يد و فى جانب آخر سماع مستفيض فالمحقّق على تقديم قول ذى اليد، و قد عرفت أنّ الحقّ خلافه.

و المذكور فى هذه المسألة أمران:

أ: عكس الأمر الأوّل، أى إذا كانت هناك يد و تصرّف هل تجوز الشهادة بالملك المطلق أو لا؟

ب: إذا كانت يد، بلا تصرف فهل تجوز الشهادة بالملك المطلق له أو لا؟ و كان على المحقّق ذكر الجميع فى مقام و هو أحكام الأُمور الثلاثة: اليد و التصرّف و الاستفاضة من حيث الاجتماع و الافتراق.

أمّا الصورة الأُولى: فقال الشيخ فى الخلاف: من كان فى يده شىء يتصرف فيه بلا دافع و لا منازع بسائر أنواع التصرف جاز أن يُشهَدَ له بالملك طالت المدة أم قصرتْ و به قال أبو حنيفة، و قال الشافعى: جاز أن يُشْهَد له باليد قولًا واحداً فأمّا الملك فينظر فيه فإن طالت المدّة فعلى وجهين، قال الاصطخرى: جاز أن

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۴۲

يُشهد له بالملك و قال غيره: لا يجوز. و إن قصرت المدّة مثل الشهر و الشهرين فلا يجوز قولًا واحداً. دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم و أيضاً لا خلاف أنّه يجوز أن يشترى منه فإذا حصل فى يده يدعى أنّه ملك فلولا أنّ ظاهر تصرّفه يدل على ملكه لم يجز له إذا انتقل إليه بالبيع، أن يدعى أنّه ملكه. «۱»

و قد عنونه فى المبسوط و ذكر قولين و لم يرجح أحدهما على الآخر قال: فأمّا إن كان فى يده دار يتصرف فيها مطلقاً من غير منازع بالهدم و البناء و الإجارة و الإعارة و غير ذلك فيسوغ للشاهد أن يشهد له باليد بلا إشكال و أمّا بالملك المطلق فلا تخلو المدة من أحد أمرين إمّا أن يكون طويلة أو قصيرة، فإن كانت طويلة مرّت عليه السنون على صورة واحدة، من غير منازعة، قال بعضهم يُشهد له بذلك لأنّ عرف العادة قد تقرّر أنّ من تصرف مطلقاً من منازع «۲» كان متصرفاً فى ملكه.

و قال غيره: إنّ البيّنة تشهد له باليد و التصرف و أمّا بالملك مطلقاً فلا لأنّ اليد يختلف فتكون مستعيراً أو مستأجراً أو مالكاً أو أميناً أو

وصیاً و التصرف واحد، فإذا اختلفت الأیدی و أحکامها، لم یجز أن یُشهد بالملک المطلق.

و أمّا إن کانت المدّة قصیرة کالشهر و الشهرین و نحو ذلک فإنّه لا یُشهَد له بالملک لأنّ الزمان قصیر علی هذه الصورة یتفق کثیراً فلا یدل علی ملک و یفارق هذا، الزمانَ الطویل لأنّه فی العرف أنّه فی ملک. «۳»

أقول: قد تقدم اعتبار العلم بالمشهود له علماً قطعیاً لا یقبل احتمال الخلاف کما هو المتبادر من التمثیل بالشمس و الکف، فلو کانت الید و التصرف فی مدّة خاصة من غیر منازع مفیداً للعلم بأنّ صاحب الید المتصرف مالک جاز أن

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۱۴ و قد أشار فی ذیل کلامه إلی مفاد حدیث حفص بن غیاث. لاحظ ص ۳۲۶ من هذا الجزء.

(۲) کذا فی النسخة و الصحیح من غیر منازع.

(۳) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸۲۱۸۱.

یُشهد له بالملک، دون ما إذا لم یکن کذلک، خصوصاً إذا وجد منازع و أقام بیّنة.

إلّا إذا قلنا: «بأنّه یکفی قیام الأمارة المفیدة للظن الغالب فی الشهادة، بحجّة جوازها عند الاستفاضة». و هو کما تری أشبه بالاستدلال بالقیاس و أمّا ادعاء الإجماع کما فی الخلاف ففی غیر محلّه و لعلّه أراد به وجود الروایة و سیوافیک الکلام فیها.

و أمّا الصورة الثانیة: أی تجرّدت الید عن التصرف فقال المحقّق بأنّه تجوز الشهادة بالید، و أمّا الشهادة بالملک المطلق فقال: قیل نعم و هو المروی و فیه إشکال. «۱»

القول بالجواز الذی حکاه المحقّق هو الذی نقله فی المسالک عن العلّامة و أکثر المتأخرین مستدلًا بروایة حفص بن غیاث الّتی مرّت غیر مرّة. «۲» و قد عرفت سابقاً، من أنّ الروایة أجنبیة عن الشهادة فی مقام القضاء، و المراد من الشهادة الواردة فیها هو الإخبار بأنّ العین له و یؤیده ذیلها: «و لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق».

ثمّ إنّ المحقّق استشکل علی جواز الشهادة بالید المجرّدة علی الملک بأنّ الیدَ لو أوجبت الملکَ له، لم تُسمع دعوی من یقول: الدار التی فی یدِ هذا لی، لأنّه بمنزلة أن یقال هذا ملک لی.

أقول: هذا الإشکال ذکره الشیخ فی المبسوط فی الصورة الأُولی و لم یذکره فی الصورة الثانیة، و المحقّق عکس (و الحقّ جریانه فی کلتا الصورتین) قال: و لأنّ الید لو کانت ملکاً لوجب إذا حضرا عند الحاکم فقال المدّعی أدعی داراً فی ید هذا، أن لا یسمع دعواه لأنّه قد اعترف بالملک له فلمّا سمعت دعواه ثبت أنّ الید

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۴.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

لا تدل علی ملک و لا یکون ملکاً. «۱»

و العجب أنّ الشیخ مع ذکر هذا الإشکال فی الصورة الأُولی عنون الثانیة: أی الید المجرّدة عن التصرف و ذکر فیه وجهین: الشهادة بالید، و أمّا الملک فقال بعضهم: یشهد له بالملک و روی أصحابنا أنّه یجوز له أن یشهد بالملک کما یجوز له أن یشتریه ثمّ یدّعیه ملکاً له. «۲»

و الحقّ أن یقال إنّه لو قلنا بصحّة التنزیل فی العبارة لما کان هناک فرق بین الصورتین إلّا أنّ المهم هو عدم صحّة التنزیل، فإنّ القول

«بأنّ هـذا ملك لزيـد و أنا أدعيه» إقرار قاطع بالملكيـة له، و لا يقبل الإنكار بعد الإقرار، و لا يعبأ بمثل هذا الكلام الذى يناقض صدره ذيله و هـذا بخلاـف القول بـأنّ العين التى فى يـد زيـد، ملـك لى فإنّه إقرار بوجود أمارة الملكيـة فى جانبه، و فى الوقت نفسه يـدعى كونها خاطئة.

و إن شـئت قلت: الاعتراف بوجود الأمارة ليست اعترافاً بصـحّتها، لأنّها تنقسم إلى صـحيحة و خاطئة، بخلاف الإقرار، فلا يسـمع ادعاء الخطاء فيه.

المسألة الثانية: فى أنّ الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضة

قـد تعرفت فيما سـبق أنّه يبحث فى الاسـتفاضة تارة عمّا يثبت بها، و أُخرى عن جواز الاعتماد عليها فى مقام الشـهادة، و قـد مرّ البحث عن الأوّل فى صـدر كتاب القضاء، كما أوعزنا إليه سابقاً، و أمّا الثانيـة فكان البحث فيه آنفاً، لكن المحقّق عاد إلى المسألة الأُولى ثانياً فى هـذا المقام و قال: الوقف و النكاح يثبت بالاسـتفاضة أمّا على القول بإفادتها العلم فلا غبار فى ثبوتهما بها و أمّا على القول بإفادتها الظن فقد علّله بما تقدّم نقله عن الشيخ فيما سبق و إليك حاصل كلامه

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۸۲.

(۲) يشير إلى مضمون رواية حفص.

فى ثبوتهما:

أمّا الوقف فلو لم تسـمع فيه الاسـتفاضة لبطلت الوقوف مع امتـداد الأوقات و فناء الشـهود. و أمّا النكاح فلأنّا نقضـى بأنّ خديجـة عليها السَّلام زوجة النبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم كما نقضى بأنّها أُمّ فاطمة عليها السَّلام.

فإن قلت: لا حاجة لنا فى الثانى بالاستفاضة، لقيام التواتر على زوجيتها للنبى و أُمومتها لبنته.

قلت: إنّ التواتر فاقدة للشرط لأنّ الطبقة الأُولى لم يخبروا عن مشاهدة العقد.

يلاحـظ عليه أوّلًا: أنّ تخصـيص الأـمرين بـالثبوت بالاسـتفاضة و إخراج غيرهما عنه، ينافى ما ذكره فى كتاب القضاء من أنّه يثبت بها أُمور سبعة «۱» كما مرّت.

و ثانيـاً: أنّ بقـاء الوقوف لاـ يتوقف على سـماع الاسـتفاضة، بـل يكفى قبول الشـهادة على الشـهادة فى الثالثـة و ما فوقها، و ما دلّ على اختصاص حجّية الشهادة عليها بالثانية، يخصص بمورد الوقوف و ذلك لأنّه لو لا السماع لبطلت الوقوف.

و إن شـئت قلت: ليس تخصـيص ما دلّ على شرطية العلم، فى الشهادة أولى من تخصيص دليل اختصاص حجّية الشهادة على الشهادة، بالثانية منها و يمكن أن يقال: بما أنّ لسان دليل شـرطية العلم آب عن التخصـيص فيخصص دليل الشهادة على الشهادة لأجل الضرورة المدعاة فى المقام.

و أمّا النكاح فيمنع، افتقاد الطبقـة الأُولى شـرط التواتر، و ذلك لأنّ أبا طالب كان هو المتصدى لتزويج ابن أخيه فخطب خطبة بليغة، و كان فى المجلس وجوه بنى هاشم و شخصيات من قريش، فخرجوا عن المجلس، فأخبروا بما رأوه و

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۶۷.

شاهدوه. «۱»

و الحقّ أن يقال: لو أفادت الاستفاضهٔ و اليقين سادت فى حقول العمل به، و الإفتاء على وفقها، و الشهادهٔ بها من غير فرق بين موضوع دون موضوع و إن لم تفد إلّا الظن المتاخم للعلم الذى نعبر عنه بالاطمئنان فهو حجّهٔ فى حقول العمل و الإفتاء، دون الشهادهٔ، إلّا إذا قامت السيرهٔ عليه و لعلّها موجودهٔ فى النسب و الوقف و النكاح.

المسألهٔ الثالثهٔ: فى شهادهٔ الأخرس

الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادهٔ و أداؤها، لإطلاق الأدلّهٔ. قال الشيخ: يصحّ من الأخرس تحمل الشهادهٔ بلا خلاف و عندنا يصحّ منه الأداء و به قال مالك و أبو العباس بن سريج و قال أبو حنيفهٔ و باقى أصحاب الشافعى: لا يصحّ منه الأداء دليلنا ما قلناه فى المسألهٔ الأُولى (شهادهٔ الأعمى) سواء. «۲»

و لو حقّق الحاكم شيئاً من إشاراته القائمهٔ مقام اللفظ من غيره من إقرار و عقد و غيرهما، بنى عليه، و إلّا يرجع إلى مترجم، يترجم معنى إشاراته و هو مفسر و مبيّن لما شهد به لا شاهد به و لأجل ذلك ليست الترجمهٔ من مقولهٔ الشهادهٔ، فيكفى مترجم واحد لما قلناه من كفايهٔ خبر الواحد فى الموضوعات فى غير باب الشهادهٔ و لأجل ذلك قال المحقّق: و لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته بل يثبت الحكم بشهادته أصلًا لا بشهادهٔ المترجمين فرعاً.

***

۳- من مستند علم الشاهد

هذا هو القسم الثالث من مستند علم الشاهد الذى أشار إلى أقسامه

---

(۱) بحار الأنوار: ۱۶/ ۱۶؛ مناقب آل أبى طالب: ۱/ ۳۰.

(۲) الطوسى: الخلاف ۳، كتاب الشهادات، المسألهٔ ۱۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۴۷

الثلاثهٔ فيما سبق و قال و مستندها:

۱- إمّا المشاهدهٔ. ۲ أو السماع. ۳ أو كلاهما.

و قد مضى البحث عن الأوّلين فقال حول الأوّل: فما إلى المشاهدهٔ، الأفعال، لأنّ آلهٔ السمع لا تدركها. و قال حول الثانى: و ما يكفى فيه السماع فالنسب و الموت و الملك المطلق. فابتدأ فى المقام بالثالث و قال: ما يفتقر إلى السماع و المشاهدهٔ، كالنكاح و البيع و الشراء و الصلح و الإجارهٔ فإنّ حاسّهٔ السمع لا يكفى فى فهم اللفظ و يحتاج إلى البصر لمعرفهٔ اللافظ فلا بأس بشهادهٔ من اجتمع له الحاستان.

أقول: إذا كان مستند الشهادهٔ فى الأفعال هو الرؤيهٔ و المشاهدهٔ، و مستندها فيما يتعذر الوقوف عليه عن طريقها فى الأغلب، هو السماع كالنسب و غيره، فمستندها فى العقود و الإيقاعات و ما أشبههما ممّا يترتب الأثر على لفظ اللافظ كالنذر و اليمين، و القذف و السب، هو المشاهدهٔ و السماع معاً لأنّ الشهادهٔ به يتوقف على وجود حاستين و إعمالهما حتى تعرف بالبصر اللافظ، و يفهم بالسماع اللفظَ فمن اجتمعت فيه حاسّتان، فله أن يشهد بالعقد و الإيقاع.

إنّما الكلام فى الأعمى فبما أنّه واجد لإحدى الحاستين دون الأُخرى فلا تقبل إلّا فيما كان السماع كافياً أو كان عروض العمى غير ضارّ أو غير ذلك فتقبل شهادته فى الموارد التاليهٔ:

۱- إذا شهد، بنفس سماع العقد و الإيقاع من غير نظر إلى اللافظ.

۲- إذا شهد بما یکفی فیه السماع و الاستفاضهٔ کالموت و النسب.

۳- إذا تحمّل و شهد و هو بصیر، ثمّ عرضه العمی.

۴- إذا تحمّل و هو بصیر و کان أعمی عند الأداء.

نعم فرّط أبو حنیفهٔ فی ردّ شهادهٔ الأعمی فقال هو و تلمیذه محمّد بن

الحسن الشیبانی: لا یصحّ منه التحمّل و لا الأداء فیما لا یحتاج إلی المشاهدهٔ فجعلوا العمی کالجنون و قالا أشدّ من هذا: قالا لو شهد بصیران عند الحاکم فسمع شهادتهما ثمّ عمیا أو خرسا قبل الحکم بها، لم یحکم کما فسقا قبل الحکم بشهادتهما. «۱»

أقول: إنّ مدرسهٔ الرأی لا تنتج إلّا أمثال هذه الفتاوی الشاذهٔ عن الکتاب و السنهٔ، فکیف تردّ شهادته إذا شهد و هو جامع للشرائط، و إن افتقد بعضها بعد إقامتها فلیس العمی إلّا کموت الشاهد قبل الحکم. و کیف یقیسه بالفاسق، مع الفرق الواضح بینهما فالمقتضی فی الثانی غیر موجود، بخلاف الأعمی؟! و ما تصوره مانعاً لیس بمانع.

۵- إذا تحمل الشهادهٔ و هو أعمی محرزاً القائل و عارفاً بصوته، بحیث حصل له العلم بغیر المشاهدهٔ کما ربّما یتفق فیما إذا کان بینه و بین المشهود علیه صلهٔ فیعرفه بصوته و کلامه فلو تحمل و الحال هذه و أدّاها کانت حجّهٔ و إلی هذه الصورهٔ یشیر المحقّق و یقول: لو عرف صوت العاقد معرفهٔ یزول معها الاشتباه، قیل لا- یقبل لانّ الأصوات تتماثل و الوجه أنّها تقبل لأنّ الاحتمال یُدفع بالیقین لأنّا نتکلم علی تقدیره. «۲» و لشمول الإطلاقات للمقام مضافاً إلی صحیح محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: سألته عن شهادته الأعمی، فقال: «نعم إذا أثبت». «۳»

۶- أن یشهد علی اللفظ، و العاقد مستنداً إلی تعریف العدلین علی أنّ العاقد أو الموقع هو فلان فیجوز کما یشهد البصیر علی تعریف غیره، و فی الجواهر: یکون الأعمی شاهد أصل لا فرع بلا خلاف أجده کما اعترف به فی الریاض بل

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب الشهادات، المسألهٔ ۱۷.

(۲) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۵.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

عن ظاهر السرائر الإجماع علیه. و یؤیّده دخول المورد فی قوله «إذا أثبت» بناء علی أنّ المراد الإثبات الأعم و لو بالبیّنهٔ، کما هو المتبادر ممّا ورد فی الشهادهٔ علی المرأهٔ إذا حضر من یعرفها «۱» و قد سبق الکلام فیه.

۷- إذا قبض علی رجل لا یعرفه، و تحمل شهادته و أدّی علیه و الحال هذه فتمضی شهادته بلا کلام و قال الشهید الثانی: و هذا ممّا استثناه القائلون بالمنع من قبول شهادته و سمّوها الضبطهٔ و هی أن یضع رجل فمَه علی أُذُن الأعمی و یدُ الأعمی علی رأسه بحیث یتیقن أنّه یسمع منه فیقرّ بطلاق زوجته المشخصهٔ و لا یزال یضبطه حتی یشهد بها، سمع منه عند الحاکم، نعم فیه عسر و لکن العسر لا یمنع من القول. «۲»

و بذلک بان أنّ ردّ شهادهٔ الأعمی علی إطلاقه لیس بصحیح.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۳، من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۸.

المقصد الثالث فى المواضع التى تقبل فيها الشهادهٔ من أقسام الحقوق

اشارهٔ

و قد قسّمها المحقّق إلى حقّ للّه تعالى، و حقّ للآدمى فيكون التقسيم ثنائياً، مع أنّ مقتضى صيغهٔ الجمع أن يكون ثلاثياً أو أزيد، لكن بما أنّ كلًا من القسمين ينقسم إلى أقسام، صحّ الإتيان بصيغته، و الإتيان بهما فى صدر البحث لأجل الإشارهٔ إلى أنّ جميع الأقسام يرجع إلى هذين القسمين.

و الغرض من عقد هذا البحث، بيان العدد المعتبر فى الشهادات فى كلّ مورد، و اعتبار الذكورهٔ فى موارد خاصهٔ.

و بما أنّ المعتبر فى الشهادهٔ، التعدّد، فالاكتفاء بالشاهد الواحد فى مورد الهلال على رأى أو بالشاهد و اليمين فى الأموال و الحقوق، كأنّه استثناء من الدليل.

فلنذكر أحكام حقّ اللّه و هو على أقسام:

الأوّل: ما لا يثبت إلّا بأربعهٔ رجال و هو ثلاثهٔ: الزنا و اللواط و السّحق و يدل على اعتبارها فى الزنا آيات ثلاث:

۱- (وَ اللّاتِى يَأْتِينَ الْفاحِشَهَ مِنْ نِسائِكُم فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنْكُم فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ حَتّى يَتَوَفّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا) (النساء/ ۱۵).

كان فى صدر الإسلام إذا فجرت المرأهٔ حُبِستْ فى البيت أبداً حتى تموت ثمّ نسخ ذلك بالرجم فى المحصنين و الجلد فى غيرهم. «۱»

---

(۱) الطبرسى: مجمع البيان: ۲/ ۲۰.

۲ (وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَهً) (النور/ ۴).

۳- (لَوْ لا جاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَداءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَداءِ فَأُولئِكَ عِنْدَ اللّهِ هُمُ الْكاذِبُونَ) (النور/ ۱۳).

ترى اتّفاقها فى طريق ثبوت الزنا و أنّها الأربعهٔ من الرجال. و إن اختلفت فى جزاء الزانيهٔ ففى الأولى منها، أنّ جزاءها الإمساك فى البيوت حتى يتوفّاهن الموت، و فى الثانيهٔ و الثالثهٔ، هو الجلد، و قد نسخت الآيهٔ الأُولى حكماً و جزاء، لا طريقاً، فالطرق إلى إثباته أربعهٔ، ما مسها النسخ، و إن مسّ جزاء الزنا بفضل الآيتين، و بذلك يعلم أنّ الاستدلال بالآيهٔ الأُولى لا غبار عليه إذ النسخ شمل الحكم، لا الطريق.

أضف إلى ذلك تضافر النصوص من أئمّهٔ أهل البيت عليهم السّلام على ثبوته بالأربعهٔ فلاحظ. «۱»

أمّا الثانى: أى اللواط

فقد اتّفقت كلمتهم على أنّه مثل الزنا و لم يرد فيه نص صريح لكن يمكن استظهار الاعتبار مضافاً إلى كونه أغلظ من الزنا، فيعتبر فيه ما هو المعتبر فى الزنا بوجه أولى من بعض النصوص، حيث ورد النص على أنّ اللواط يثبت بالإقرار أربعاً، مثل الزنا، كما فى صحيح

مالـك بن عطيـة الثقـة، و فيه فلمّا كان فى الرابعـة قال (أمير المؤمنين) له: «يا هـذا إنّ رسول اللّه صـلّى الله عليه و آله و سـلّم حكم فى مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهنّ شئت إلى آخره». «۲»

و إذا أُضيف إلى ذلك ما ورد فى الزنا من أنّ كلّ إقرار شهادة «۳» حيث قال

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حدّ الزنا.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب حدّ اللواط.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۵۲

الإمام: اللّهمّ انّه قد ثبت عليه أربع شهادات (و المتبادر من الحديث أنّه بمنزلة الشهادة، مطلقاً، لا فى خصوص مورد الزنا) يتمّ المطلوب مضافاً إلى مـا عرفت من الأولويـة. نعم المخالف أبو حنيفـة حيث اكتفى برجلين، و الباقون من الفريقين على الأربعـة و قال الشـيخ: لا تثبت الشـهادة باللواط إلّا بأربعة رجال إلى أن قال: و قال الشافعى: إن قلنا إنّه (اللواط) كالزنا لم يثبت إلّا بشـهادة أربعة ذكور عدول و كذلك إن قلنا إنّه أغلظ إلى أن قال: و قال أبو حنيفة: يثبت جميع ذلك بشهادة شاهدين دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم. «۱»

و أمّا الثالث: أى السحق

فلو قلنا بكونه من مصاديق الفاحشة فتشـمله الآية الأُولى المنسوخة حكماً لا طريقاً و إن قلنا باختصاصها بالزنا، فيمكن استظهار اعتبارها من تشبيهه بالزنـا تارة و اللواط أُخرى ففى صـحيح ابن أبى عمير حـدّها حـدّ الزانى. «۲» و فى مرسـلة روايـة مكارم الأخلاق عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم إنّ السحق فى النساء بمنزلة اللواط فى الرجال. ۳

يلاحظ على الاستدلال بأنّ الثانى مرسل، و أمّا الأوّل فالظاهر أنّ وجه التشبيه هو الاشتراك فى الحدّ، دون طريق الإثبات و لأجل ذلك تصبح المسألة بلا دليل إلّا أن يتمسّك بالانفاق، أو كونه موافقاً للاحتياط إذ ما دون الأربعة على خلافه و الحدود تدرأ بالشبهات.

ثبوت إتيان البهائم

لم يرد فى إتيـان البهـائم نصّ فى طريق ثبوته، قـال الشـيخ فى الخلاـف: فثبوته بشـهادة شاهـدين و قال الشافعى إن قلنا إنّه كاللواط أو كالزنا لا يثبت إلّا بأربعة

---

(۱) الطوسى: الخلاف ۳، كتاب الحدود، المسألة ۸.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب حدّ السحق و القيادة، الحديث ۱ و ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۵۳

ذكور و الباقون على ثبوته بشـهادة شاهدين «۱» و الحقّ ثبوته بشاهـدين لإطلاق دليل حجّية البيّنة و لا مخصـص بالنسـبة إليه و إن ورد فى الزنا و اللواط. و قياسه على اللواط حجّة على أصـحابه فقط على أنّه فيما إذا لم يكن إطلاق، نعم ذهب الشيخ فى النهاية إلى اعتبار الأربعة قال: و يثبت الحكم بذلك بقيام البيّنة، و هى شهادة أربعة نفر عدول أو إقرار المرأة على نفسها أربع مرّات. «۲» و بما أنّ النهاية من قبيل الإفتاء بالنصوص أو بمضـمونها بتجريـده عن الأسانيـد فلعل الشـيخ عثر على دليل فتأمل و هو أيضاً خيرته فى المبسوط قال: و أمّا الشهادة عليه فلا يقبل إلّا بأربعة رجال «۳»، لكن الحقّ هو الاكتفاء بالبيّنة العادلة.

شهادهٔ النساء فی الفقه الإسلامی

اشارهٔ

لا شکّ أنّ فی الفقه الإسلامی فوارق بین أحکام الرجل و المرأهٔ، نابعهٔ عن اختلاف خلقتهما و الخصوصیات الموجودهٔ فی فطرتهما و من الفوارق، هو افتراقهما فی باب الشهادهٔ فهناک موارد، تقبل شهادهٔ کلیهما، و موارد تقبل شهادهٔ الرجل دون المرأهٔ، و هناک مورد أو موارد، الأمر علی العکس فإلیک تبیین تلک الموارد، علی ضوء کلام المحقّق.

فهنا مقامان:

اشارهٔ

المقام الأوّل: شهادتهنّ فی حقوق اللّه.

المقام الثانی: شهادتهنّ فی حقوق الآدمی.

[المقام الأوّل: شهادتهنّ فی حقوق اللّه.]

اشارهٔ

و إلیک الکلام فی الأوّل:

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب الحدود، المسألهٔ ۸.

(۲) الطوسی: النهایهٔ: ۷۰۶.

(۳) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۵۴

شهادهٔ النساء فی الزنا

اشارهٔ

هل تجوز شهادهٔ النساء فی الزنا و لو فی بعض الصور فیه، أقوال:

۱- ما ذهب إلیه الشیخ، و ابن البرّاج، و ابن حمزهٔ، و ابن إدریس و المحقّق و ابن سعید و غیرهم إلی جواز شهادهٔ امرأتین مع ثلاثهٔ رجال فی الرجم، و أربع نساء مع رجلین فی الجلد.

۲- ما اختاره الصدوق و والده و أبو الصلاح الحلبی من ثبوت الحدّ، الأعم من الرجم و الجلد، بثلاثهٔ رجال و امرأتین، و عدم ثبوت شیء منهما فی غیر هذه الصورهٔ، کرجلین و أربع نسوهٔ. و یمکن استظهاره من عبارهٔ ابن الجنید، علی ما نقله العلّامهٔ فی المختلف و سیوافیک نصّه.

۳- ما ذهب إليه المفيد و سلّار من عدم جواز شهادتهنّ فى الزنا مطلقاً فى تمام الصور.

۴- ما اختاره الشيخ فى كتاب الشهادات من كتاب الخلاف من ثبوت الرجم فى كلتا الصورتين، و الجلد بشهادة رجل و ست نسوة و هو قول شاذّ.

إذا عرفت الأقوال، فإليك دراستها، مع نقل كلمات القائلين.

القول الأوّل [جواز شهادة امرأتين مع ثلاثة رجال فى الرجم، و أربع نساء مع رجلين فى الجلد.]

حاصله: إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان يثبت الأمران الرجم و الجلد، و إذا شهد رجلان و أربع نساء يثبت خصوص الجلد:

۱- قال الشيخ: و أمّا ما يراعى فيه مع شهادة النساء، شهادةُ الرجال. فكالرجم فإنّه إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان على رجل بالزنا قُبلتْ شهادتُهم، و وجب على الرجل الرجم إن كان محصناً، و إن شهد رجلان و أربع نسوة بذلك، قُبلتْ شهادتهنّ و لا يُرجم المشهود عليه بل يحدّ حدّ الزانى. و إن شهد رجل و ست

نساء أو أكثر من ذلك لم يجز قبول شهادتهم و جُلِدوا كلّهم حدّ الفرية. «۱»

۲- قال ابن البرّاج: فإن شهد أربعة نفر ثلاثة رجال و امرأتان قُبِلَتْ شهادتُهم فى ذلك و وجب بشهادتهم الرجم، فإن شهد رجلان و أربع نساء لم يجب الرجم بهذه الشهادة، و يجب بها الحدّ الذى هو الجلد، فإن شهد رجل، و ستّ نساء أو أقلّ أو أكثر لم تقبل هذه الشهادة فى الزنا و وجب على كلّ واحد منهم حدّ الفرية. «۲»

۳- و قال ابن حمزة: و الآخر فى الزنا و السحق، فإن شهد ثلاثة رجال و امرأتان لزم بها الرجم على المحصن و إن شهد رجلان و أربع نسوة على المحصن لزم الجلد دون الرجم و مع اختيار هذا القول فى فصل إعداد البيّنات «۳» نسبه إلى القيل فى كتاب الجنايات. ۴ و قال: و إنّما يثبت بأحد شيئين بالبيّنة و بإقرار الفاعل على نفسه و البيّنة أربعة رجال من العدول و قيل: بثلاثة رجال و امرأتان، أو رجلان و أربع نسوة، و يلزم بشهادة رجلين و أربع نسوة، الجلد دون الرجم.

۴- و هو خيرة ابن إدريس فى السرائر ۵ و المحقّق فى الشرائع ۶ و ابن سعيد فى الجامع ۷ إلى غيرهم. و يمكن استظهاره من عبارة ابن الجنيد حيث خصّ الرجم بثلاثة رجال و امرأتين ۸ و من المعلوم أنّ ثبوت الرجم فيه يلازم ثبوت الجلد بوجه أولى، و لعلّ الاكتفاء به وحده، لأجل الإشارة إلى عدم الرجم فى الصورة الثانية، و ثبوت الجلد فيها و قال سيّدنا الأُستاذ: يثبت الزنا بالبيّنة، و يعتبر أن لا تكون أقلّ من أربعة رجال أو ثلاثة رجال و امرأتين، و لا تقبل شهادات

---

(۱) الطوسى: النهاية: ۳۳۲، باب شهادة النساء، و سيوافيك أنّه أفتى فى الخلاف على خلاف النهاية.

(۲) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۴۵۲۶.

(۳) ۳ و ۴ ابن حمزة: الوسيلة، فصل إعداد البيّنات: ۲۲۲، و كتاب الجنايات: ۴۰۹. و لا يفوتنك أنّه عطف السحق على الزنا، و هو قول شاذّ.

(۴) ۵ ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۳۷.

(۵) ۶ نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۶.

(۶) ۷ ابن سعيد الحلى: الجامع للشرائع: ۵۴۲.

(۷) ۸ المختلف: كتاب الشهادات، ۱۶۳.

النساء متفردات و لا شهادة رجل و ست نساء فيه، و لا شهادة رجلين و أربع نساء فی الرجم و يثبت بها الحدّ دون الرجم على الأقوى و لو شهد ما دون الأربعة و ما فی حكمها لم يثبت الحدّ رجماً و لا جلداً بل حدّوا للفرية». «۱»

ثمّ إنّ الروايات التی استدل بها على هذا القول على قسمين:

أ: ما يدور كلامها حول الرجم فتثبته فی شهادة ثلاثة رجال مع امرأتين، لا فی شهادة رجلين و أربع نساء من دون إشارة إلى الجلد فی الصورتين.

ب: ما يثبت الرجم فی شهادة ثلاثة رجال و امرأتين، و الجلد فی شهادة رجلين و أربع نساء مع نفی الرجم فيه.

فمن القسم الأوّل:

۱- صحيح عبد اللّه بن سنان قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السَّلام يقول: «و لا تجوز شهادة النساء فی رؤية الهلال، و لا تجوز فی الرجم شهادة رجلين و أربع نسوة و تجوز فی ذلک ثلاثة رجال و امرأتان». «۲»

۲- صحيح الحلبی قال سألته عن شهادة النساء فی الرجم فقال: «إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان، و إذا كان رجلان و أربع نسوة لم تجز فی الرجم». ۳

۳- صحيح أبی الصباح الكنانی عن أبی عبد اللّه عليه السَّلام قال: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان جاز فی الرجم و إذا كان رجلان و أربع نسوة لم تجز». ۴

۴- صحيح زيد الشحام: «لا- تجوز شهادة النساء فی الرجم إلّا مع ثلاثة رجال و امرأتين فإن كان رجلان و أربع نسوة فلا تجوز فی الرجم». ۵

۵- خبر زرارة عن أبی جعفر عن علی عليه السَّلام: «تجوز شهادة النساء فی الرجم إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان و إذا كان أربع نسوة و رجلان فلا يجوز الرجم». ۶

---

(۱) الإمام الخمينی، التحرير: ۲/ ۴۶۱، كتاب الحدود، المسألة ۶.

(۲) ۲- ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰، ۳، ۲۵، ۳۲، ۱۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۵۷

و من القسم الثانی صحيح الحلبی و لعلّه الوحيد فی هذا المورد.

عن أبی عبد اللّه عليه السَّلام أنّه سئل عن رجل محصن فجرَ بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال و امرأتان وجب عليه الرجم، و إن شهد عليه رجلان و أربع نسوة فلا تجوزُ شهادتهم، و لا يُرجَم و لكن يضرب حدّ الزانی. «۱»

و أمّا خبر عبد الرحمن عن الصادق عليه السَّلام: تجوز شهادة النساء فی الحدود، مع الرجال، فيحمل على هاتين الصورتين، و أمّا فی غيرهما فلا، لدلالة ما سبق على الحصر.

فتلخّص ثبوت الحدّ بكلا شقيه فی الصورة الأُولى و خصوص الجلد فی الصورة الثانية.

و لا يخفى أنّ هذا القول ينافيه فی هذه النظر أُمور:

۱- الآيات الثلاث الدالة على أنّ طريق الثبوت، أربعة رجال.

۲- ما دلّ على عدم ثبوت الرجم بثلاث رجال و امرأتين.

۳- ما دلّ على عدم ثبوت الجلد برجلين و أربع نسوة.

۴- ما دلّ على عدم ثبوت الحدّ بالمرأة مطلقاً.

و إليک دراستها.

أمّا الأوّل: فهو مبنى على وجود المفهوم للآيات و القول بالمفهوم فيها أشبه بالقول به فى اللقب نعم لو لم يدلّ شىء على التوسعة يقتصر على ما فى الآية لأجل عدم الدليل على التوسعة و إلّا فما دلّ على التوسعة حاكم على دلالتها.

أمّا الثانى: فتدل عليه صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: إذا

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱.

شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم يجز الرجم و لا تجوز شهادة النساء فى القتل. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ الرواية فى مقابل ما تضافر من ثبوت الرجم فى هذه الصورة شاذ لا تؤخذ بها، مضافاً إلى أنّ الظاهر من الخلاف أنّه موافق لفتوى العامة. قال فى الخلاف: حقوق اللّه تعالى كلّها لا تثبت بشهادة النساء إلّا الشهادة بالزنا فإنّه روى أصحابنا أنّه يجب الرجم بشهادة رجلين و أربع نسوة، و ثلاث رجال و امرأتين و يجب الحد دون الرجم بشهادة رجل واحد و ست نسوة و خالفت جميع الفقهاء فى ذلك و قالوا لا يثبت شىء منها بشهادة النساء لا على الانفراد و لا على الجمع. «۲» و معه يمكن حملها على التقية.

نعم فى صدر كلام الشيخ قدس سره و ذيله ما لا يخلو من الشذوذ.

و أمّا المنافى الثالث، فهو القول الثانى الذى ندرسه بتفصيل كما ندرس المنافى الرابع بعده كذلك.

القول الثانى: عدم ثبوت شىء برجلين و أربع نسوة

و هذا القول يخص الحدّ الأعم من الرجم و الجلد بصورة واحدة و هى شهادة ثلاثة رجال و امرأتين فقط و لا يُثبت فى شهادة رجلين و أربع نساء شيئاً ذهب إليه الصدوقان.

قال على بن بابويه فى رسالته: و تقبل فى الحدود إذا شهد امرأتان و ثلاثة رجال. «۳»

و قال الصدوق فى المقنع: و لا بأس بشهادة النساء فى الحدود إذا شهد

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۸.

(۲) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۲.

(۳) على بن بابويه: المختلف: ۱۶۳، و فقه الرضا: ۲۶۲.

امرأتان و ثلاثة رجال و لا تقبل شهادتهن إذا كنّ أربعَ نسوة و رجلان «۱» و قال أبو الصلاح: و لا تقبل شهادة النساء فيما يوجب الحدّ إلّا شهادة امرأتين مع ثلاثة رجال فى الزنا خاصة. «۲» و نسبه الشهيد فى المسالك إلى العلّامة فى المختلف، و لكن صريح كلامه موافقته مع الشيخ فى النهاية «۳» استدل له بوجهين:

۱- الأصل عدم الثبوت.

۲- لو ثبت الزنا بشهادتهم (لأجل الحكم بالجلد) لثبت الرجم، و التالى باطل للأخبار الكثيرة الدالّة على عدم سماع شهادة رجلين و أربع نسوة فى الرجم.

يلاحظ على الأوّل بأنّه مقطوع بالدليل الاجتهادى.

و يلاحظ على الثانى بأنّ الأثرين: الرجم و الجلد ليسا من الآثار التكوينيّة، لثبوت الزنا حتى لا يصح التفكيك بينهما إثباتاً بل للشارع التفكيك بين بعض الآثار، فالشديد (الرجم)، لا يثبت إلّا بطريق أكثر اطمئناناً و الضعيف يثبت بأقلّ منه طمأنينة.

و مع ذلک کلّه یمکن أن یحتج لهذا القول بروایات:

۱- معتبر أبی بصیر: «... تجوز شهادتها فی حدّ الزنا إذا کان ثلاثة رجال و امرأتان و لا تجوز شهادة رجلین و أربع نسوة». «۴» و الشاهد فی قوله الأخیر، حیث إنّ المنفی جواز شهادتها «فی حدّ الزنا» بقرینة الفقرة الأُولی، فیعم الجلد و الرجم.

۲- خبر إبراهیم الحارثی: «و تجوز فی حدّ الزنا إذا کان ثلاثة رجال و امرأتان

---

(۱) الصدوق، المقنع: ۴۰۲.

(۲) أبو الصلاح: الکافی: ۴۳۶ و الاستدلال مبنیّ علی اقتصاره بصورة واحدة، و مراده من الحدّ هو الأعم من الرجم و الجلد.

(۳) المختلف، کتاب الشهادات: ۱۶۳.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴.

و لاـ تجوز إذا کـان رجلان و أربع نسوة، و لا تجوز شـهادتهن فی الرجم». «۱» و کیفیـة الاسـتدلال واحدة و هی أنّ المنفی فی الجملة الثانیة، حدّ الزنا، الأعمّ من الرجم و الجلد.

۳- صـحیح محمّـد بن الفضـیل الأـزدی عن أبی الحسن الرضـا علیه السَّلاـم: «و تجوز شـهادتهنّ فی حـدّ الزنـا إذا کان ثلاثـة رجال و امرأتان، و لا تجوز شهادة رجلین و أربع نسوة فی الزنا». ۲

فلو کان جواز الشـهادة فی الزنا و عـدم جوازه کنایـة عن ثبوت الرجم و الجلـد یکون مفاده هو ثبوتهما فی الصورة الأُولی و عدمه فی الثانیة.

أقول: إنّ هـذه الروایـات، لاـ تخـالف القول الأوّل فی ثبوت الرجم و الجلـد فی الصورة الأُولی و إنّما تخالف ثبوت الجلـد فی الصورة الثانیة و عدمه، و قد عرفت أنّ الدلیل الوحید لإثبات الجلد فی الصورة الثانیة هو صحیح الحلبی و ۳ هو صریح فی مضمونه، و أمّا هذه الروایات فلیست صریحة فی نفی الجلد فیها.

و ذلـک لاحتمـال أن یقـال: إنّ محور البحث فی الأُـولیین هو ثبوت الرجم بشـهادة المرأة و عـدمه فالمثبت فیهما هو الرجم، و المنفی فیهما هو الرجم، و أمّا الجلد فخارج عن مدلولهما، فیکون المتبع فی أمر الجلد هو صـحیح الحلبی، و الذی یؤید کون الرجم هو محور البحث هو قوله فی روایـة الحارثی: «و لا تجوز شـهادتهن فی الرجم» الدال علی أنّ محور البحث هو الرجم و علی کلّ تقدیر فهو ناظر إلی الصورة الثانیة بالاتفاق، لثبوت الرجم فی الأُولی عندنا و عند المستدل.

و احتمال أنّ المراد هو إثبات الجلد فی الأولی، و نفیه فی الثانیة، ثمّ نفی الرجم فی کلیهما بشهادة هذا الذیل، لم یقل به أحد.

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۵ و ۷.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب حدّ الزنا، الحدیث ۱.

و مثلها الروایة الثالثة و الحاصل أنّ هذه الروایات لیست صـریحة فی نفی الجلد فی الصورة الثانیة، بخلاف صـحیح الحلبی فإنّه صـریح فی ثبوت الجلد فیؤخذ به.

القول الثالث: عدم جواز شهادتهنّ مطلقاً

و هذا هو المنافی الرابع لقول الشیخ، ذهب إلیه المفید فی مقنعته، و سلّار الدیلمی فی مراسمه و إلیک نصهما.

قال المفید: و لا تقبل فی الزنا و اللواط و السحق شهادة أقلّ من أربعة رجال مسلمین. «۱»

و قال سلّار: فأمّا أعداد غیر القسامة فعلی ضربین: عدد، و هو أربعة لا یجوزها و لا یقصر عنها و هو شهادة الزنا و اللواط و السحق. «۲»

و تشهد له إطلاقات قابلة للتقیید.

منها: صحیح جمیل بن درّاج عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: قلنا أ تجوز شهادة النساء فی الحدود؟ فقال: «فی القتل وحده». «۳»

منها: صحیح غیاث بن إبراهیم «۴» عن جعفر بن محمّد عن أبیه عن علی علیه السَّلام: «لا تجوز شهادة النساء فی الحدود، و لا فی القود». «۵»

منها: خبر السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السَّلام أنّه کان یقول: «شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نکاح و لا فی حدود». ۶

---

(۱) المفید، المقنعة: ۷۲۷.

(۲) سلّار الدیلمی: المراسم العلویة: ۲۳۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۴) غیاث بن إبراهیم الأسیدی (لا الأسدی) وثّقه النجاشی و یحتمل أن یکون زیدیاً، و هو غیر حفص ابن غیاث العامی، و غیر غیاث بن کلوب فلاحظ.

(۵) ۵- ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۹، ۴۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۶۲

و الکلّ قابل للحمل علی غیر الزنا، مع ما فی الأخیر من عدم قبول شهادتهن فی النکاح عن الإشکال و سیوافیک الکلام فیه.

ثمّ إنّ هنا قولًا رابعاً ذکره الشیخ فی الخلاف و لم یقل به أحد و هو جواز شهادتهن فی الرجم فی کلتا الصورتین،

و خصوص الجلد فی صورة واحدة و هی رجل و ست نساء. «۱»

حکم اللواط و السحق

بقی الکلام فی ثبوتهما بالنساء علی النحو الماضی فی الزنا و یمکن استظهار جواز شهادتهنّ من عبارة ابن بابویه الماضیة فعبَّر بالحدود و قال: تقبل فی الحدود إذا شهد امرأتان و ثلاثة رجال، مکان التعبیر بالزنا بخلاف الصدوق فقد عبر بالزنا، و مرّ أنّ ابن حمزة عطف السحق علی الزنا «۲» کما أنّ ابن زهرة سوّی بینهما و بین الزنا و قال: لا تقبل فی الزنا إلّا شهادة أربعة رجال أو ثلاثة و امرأتین و کذا حکم اللواط و السحق. «۳» و یؤیده إطلاق خبر عبد الرحمن عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: تجوز شهادة النساء فی الحدود مع الرجال، و ما مرّ من أنّ اللواط کالزنا «۴» و أنّ السحق فی النساء کاللواط فی الرجال و أنّ حدّها حدّ الزانی. «۵»

و مع ذلک کلّه فالاعتماد علی هذه الأُمور مع تضافر الإطلاقات علی عدم قبول شهادتهن فی الحدود مشکل، و قد خرجنا عنها، فی الشهادة علی الزنا لأجل تضافر الروایات علی الجواز فی الصورتین و بما أنّ الحدود تدرأ بالشبهات

---

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۲.

(۲) ابن حمزة، الوسیلة، فصل اعداد البیّنات: ۲۲۲.

(۳) ابن زهرة: الغنیة: ۴۳۶، ط مؤسسة الإمام الصادق علیه السَّلام.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب حدّ اللواط من ثبوته بالإقرار أربعاً كالزنا.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب حدّ السحق، الحديث ۱ و ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۶۳

فالاقتصار على الزنا، و عدم ثبوتهما بشهادة النساء هو الأقوى، و لذلك قال العلامة فى المختلف: و المعتمد ما اختاره الشيخ فى النهاية من الاقتصار فى ذلك على الزنا خاصة. «۱»

حكم سائر الحدود

اشارة

قد عرفت حكم الزنا و اللواط و السّحق من حيث الكمية و اعتبار الذكورة إنّما الكلام فى سائر الحدود، كحدّ السرقة و شرب الخمر و الردّة فيقع الكلام فى مقامين:

۱- كفاية الاثنين من الرجال العدول و عدم اعتبار الزيادة.

۲- عدم اعتبار شهادة النساء فيها.

أمّا المقام الأوّل [كفاية الاثنين من الرجال العدول و عدم اعتبار الزيادة.]

فيدلّ عليه إطلاق الكتاب مثل قوله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و قوله: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲) و ليس المورد مخصِّصاً.

فإن قلت: إذا كان الموردُ غيرَ مخصص، فلما ذا لم نقل به فيما دلّ على اعتبار الأربعة من الآيات الثلاث فإنّ وزان هذه الآيات، وزان الطلاق و الدين، فلو صحّ إلغاء الخصوصية فليكن كذلك فى ما ورد من الآيات فى طريق ثبوت الزنا.

قلت: إنّ الزنا من أكبر المعاصى و أفحشها و مثله اللواط و السحق، فاعتبار الأربع فى الثلاثة، لا يكون دليلًا على ثبوتها فى غيرها لأنّ إلغاء الخصوصية إنّما يُمكن إذ لم يكن غير المذكور أضعف من حيث الملاك من المذكور فى الآية و لأجل ذلك يصحّ إلغاء الخصوصية فى ما دلّ على اعتبار الاثنين دون ما دلّ على اعتبار الأربع.

---

(۱) ابن المطهر: المختلف، كتاب الشهادات: ۱۶۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۶۴

و يدل عليه من السنّة إطلاق ما دلّ على حجّية قول العدلين فى الروايات. أضف إلى ذلك ورود الدليل على الثبوت بعدلين فى مورد السرقة. «۱»

أمّا المقام الثانى: أعنى عدم جواز شهادة النساء فيها

فيمكن الاستدلال عليه بوجهين:

الأوّل: ما يُحصِر حجّية قول المرأة بموارد خاصة، كالديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه كمعتبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السَّلام كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز فى طلاق و لا نكاح و لا حدود، إلّا فى الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» فهى تدل بقرينة الاستثناء على عدم قبول شهادتهنّ فى غير الموردين. «۲»

الثانى: ما يدل على عدم جواز شهادتها فى الحدود مطلقاً، خرج مورد الزنا على ما عرفت و بقى الباقى تحته:

منها: معتبر غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمّد عن أبیه علیه السَّلام قال: «لا تجوز شهادة النساء فی الحدود و لا فی القود». «۳»

منها: خبر لا تجوز شهادة النساء فی الحدود و القود. ۴

منها: معتبر السکونی الماضیة حیث جاء فیها: «و لا نکاح و لا حدود» نعم یعارضه ما ورد عنهم علیهم السَّلام من جواز شهادتهنّ فی النکاح، و لکنّه لا یصدّنا عن العمل بغیر المعارض ممّا ورد فی الحدیث.

بقی الکلام فی جواز شهادتهنّ فی القتل، فقد تعارضت الأخبار، ففی صحیح جمیل: «أ تجوز شهادة النساء فی الحدود، فقال: فی القتل وحده» و لکن فی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات ۱، ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۲.

(۳) ۳- ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۹، ۳۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۶۵

صحیح ربعی تارة عن أبی عبد اللّه «۱» و أُخری عن محمّد بن مسلم ۲ عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام: «لا تجوز شهادة النساء فی القتل».

و الظاهر کونهما روایة واحدة، سقطت الواسطة (محمّد بن مسلم) فی الأوّل منهما. و یمکن رفع التعارض من حمل صحیح جمیل علی الدیة، و الآخرین علی القصاص بشهادة روایة معتبر غیاث الماضیة. ۳ و خبر موسی بن إسماعیل. ۴

ثمّ إنّ المحقّق الخوئی ۵ استدل علی عدم جواز شهادتهنّ فی الحدود بصحیح علاء عن أحدهما علیهما السَّلام قال: «لا تجوز شهادة النساء فی الهلال» و سألته هل تجوز شهادتهنّ وحدهنّ؟ قال: «نعم فی العذرة و النفساء». ۶ و مثلها صحیح حریز عن محمّد بن مسلم قال: سألته تجوز شهادة النساء وحدهنّ؟ قال: نعم فی العذرة و النفساء ۷ نفساء. و الروایتان، روایة واحدة رواها محمّد بن مسلم عن أحدهما، و رواها عنه تارة، العلاء و أُخری حریز، لأنّ العلاء من أصحاب الإمام الصادق علیه السَّلام لا الإمام الباقر علیه السَّلام فلا یصحّ أن یقول عن أحدهما، و الظاهر سقوط «محمّد بن مسلم» عن الروایة الأُولی، و أمّا مقدار الدلالة، فتدل علی أنّ شهادتهنّ منفردات لا تجوز فی الموردین، و أمّا عدم حجّیة شهادتهنّ منضمات إلی الرجال فلا تدل علیه.

حکم سائر الحقوق للّه

إذا تبیّن عدم حجّیة شهادتهنّ فی الحدود، یبقی الکلام فی جواز شهادتهنّ فی غیرها من حقوق اللّه سواء کان أمراً مالیاً کالزکاة و الخمس و الکفارة و النذر، أو غیر مالی کالإسلام، و البلوغ و الولایة و العدّة و الجرح و التعدیل و العفو عن

---

(۱) ۱- ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث، ۲۷، ۲۸، ۲۹، ۳۰.

(۲) ۵ تکملة المنهاج: ۱۲۲.

(۳) ۶ و ۷ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۸ و ۱۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۶۶

القصاص. «۱»

أمّا قبول شهادة العدلین فیه فهو مقتضی إطلاق أدلّة حجّیة البیّنة، مضافاً إلی ما ورد فی خبر مسمع عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام: «أنّ أمیر المؤمنین علیه السَّلام کان یحکم فی زندیق إذا شهد علیه رجلان عدلان مرضیان ...» و خبر عمرو بن خالد عن زید عن آبائه سئل رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم عن الساحر فقال: «إذا جاء عدلان فیشهدان علیه فقد حلّ دمه». ۲

إنّما الکلام فی عدم حجّیة شهادتهنّ أمّا منفردات، فلما مرّ من حصر حجّیة شهادتهنّ منفردة فی العذرة و النفساء. ۳ و إنّما الکلام فی عدم جواز شهادتهنّ فی هذا القسم من الحقوق فیکفی معتبر السکونی حیث قال: شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا فی حدود إلّا فی الدیون و ما لا یستطیع الرجال النظر إلیه ۴. و المراد من الدیون هو حقوق الآدمی، فلا یعمّ الزکاة و الخمس و نحوهما.

قال الشهید الثانی: و أمّا حقوق اللّه المالیة فلیس علیها نصّ بخصوصها لکن لمّا کان الأصل فی الشهادة شهادة الرجلین و کان مورد الشاهد و الیمین و الشاهد و المرأتین الدّیون و نحوها من حقوق الآدمیّین یقتصر علی مورده و بقی غیره علی الأصل. ۵

[المقام الثانی] حقوق الآدمی و شهادة النساء

اشارة

قد قسم المحقق حقوق الآدمی إلی ثلاثة أقسام:

الأوّل: ما لا یثبت إلّا بشاهدین و عدّ منها موضوعات ستة:

---

(۱) ۱ ۲ و الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۲.

(۲) ۳ لاحظ الحدیث ۱۸ و ۱۹ و ۲۱ من الباب ۲۴ من أبواب الشهادات.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۲.

(۴) ۵ زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۶۷

۱ الطلاق ۲ الخلع ۳ الوکالة ۴ الوصیة إلیه ۵ النسب ۶ رؤیة الأهلّة.

و أشار المحقّق إلی وجود الاختلاف فی النکاح و العتق و القصاص و هی عنده من القسم الثانی.

الثانی: یثبت بشاهدین، و شاهد و امرأتین. و شاهد و یمین و عدّ منها ثلاثة عشر موضوعاً یجمعها عناوین أربعة: ۱ الدیون ۲ الأموال ۳ عقود المعاوضات ۴ الجنایة التی توجب الدیة.

الثالث: ما یثبت بالرجال و النساء منفردات و منضمات و هی موضوعات أربعة: ۱ الولادة ۲ الاستهلال ۳ عیوب النساء الباطنة ۴ الرضاع.

الرابع: ما یثبت بشهادة المرأة الواحدة: و مورده أمران: ۱ ربع میراث المستهلّ ۲ ربعُ میراث الوصیة.

ثمّ ختم کلامه بقوله: و کلّ موضع تقبل فیه شهادة النساء لا تقبل بأقلّ من أربع.

و اعلم أنّ الضابطة فی شهادة النساء هو ما جاء فی معتبرة السکونی: «إلّا الدیون، و ما لا یستطیع الرجال النظر إلیه». «۱» و فی غیر واحد من الروایات: «إلّا العذرة و المنفوس» ۲ و علی ذلک فالتجاوز عن هذا المقدار یحتاج إلی الدلیل. فإلیک دراسة الأقسام الأربعة:

***

القسم الأوّل: ما لا یثبت إلّا بشاهدین

اشارة

قد عدّ المحقّق منها، موضوعات ستة:

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴، الحدیث ۴۲ و ۱۹، ۱۹، ۲۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۶۸

۱- الطلاق

و المشهور عدم قبول شهادتهنّ فیه و خالفهم اثنان:

۱- ابن الجنید فقال: و لا بأس عندنا بشهادتهن مع الرجال فی الحدود و الأنساب و الطلاق. «۱»

۲- الشیخ فی المبسوط و لکنّه لم یخالف فی خصوص الطلاق و إنما خالف فی الجمیع إلّا القصاص. قال فی بیان هـذا القسم: أحدها لا یثبت إلّا بشاهـدین ذکرین و هو ما لم یکن مالًا و لا المقصود منه المال و یطّلع علیه الرجال، کالنکاح، و الخلع، و الطلاق و الرجعهٔ، و التوکیل، و الوصیهٔ إلیه، و الودیعهٔ، و الجنایهٔ الموجبهٔ للقود و العتق، و النسب و الکتابهٔ و قال بعضـهم: یثبت جمیع ذلک بشاهد و امرأتین و هو الأقوی إلّا القصاص. «۲»

ثمّ إنّ کلام الشیخ فی المقام یخالف ما أفاده فی کتاب کفارهٔ القتل قال هناک: و أمّا حقوق الآدمیّین فإنّها تنقسم أیضاً ثلاثهٔ أقسام: أحدها ما لا- یثبت إلّا بشاهدین ذکرین، و لا یثبت بشاهد و امرأتین و لا بشاهد و یمین، و هو کلّ ما لم یکن مالًا و لا المقصود منه المال و تطلع علیه الرجال کالوکالهٔ و الوصیّهٔ لأنّه إثبات نظر و تصرّف، و کذلک الودیعهٔ و النکاح و الخلع و الطّلاق و الجراح الّذی یوجب القصاص و العتق و النسب و نحو هـذا. «۳» و ستوافیک کلمات العلماء فی عدم قبول شهادتهن فی الطلاق فی ضمن نقل أقوالهم عند الکلام فی جواز شهادتهن علی النکاح و القتل.

و الأخذ بقوله یستلزم رفض روایات متضافرهٔ فی مورد الطلاق و قد رواها الشیخ الحرّ فی الوسائل فی الباب الرابع و العشرین فلاحظ. «۴» مضافاً إلی قوله

---

(۱) ابن المطهّر: المختلف، کتاب الشهادات: ۱۶۰.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۲.

(۳) الطوسی: المبسوط: ۷/ ۲۴۸.

(۴) فلاحظ الحدیث: ۲، ۵، ۷، ۳۵، ۵۰ و ....

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۶۹

سبحانه فی مورد الطلاق: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ) (الطلاق/ ۲) و لو جازت شهادتهن، لنُبّه بها فی الآیهٔ، و إطلاق الروایات یعمّ عدم قبول شهادتهن فی حین الطلاق أو فی مقام المخاصمهٔ.

۲- الخلع

إذا اختلف الزوجان فی البینونهٔ و عدمها و ادعی أحدهما تحقّقها بصورهٔ الطلاق الخلعی فلا تجوز شهادتهنّ نصّ به الشیخ فی الخلاف فی عبارته الآتیهٔ عند البحث عن جواز شهادتهنّ فی النکاح و عدمه کما نصّ علی الجواز فی المبسوط کما عرفت. و أکثر الأصحاب اقتصروا علی لفظ الطلاق نعم قال ابن إدریس: و هو ثلاثهٔ أقسام: لا یثبت إلّا بشاهدین ذکرین کالنکاح و الخلع و الطلاق «۱» من غیر فرق بین کون المدّعی هو الزوج أو الزوجهٔ لأنّه نزاع فی الطلاق و قد عرفت تضافر الروایات علی عدم قبول شهادتهنّ فیه حتی و لو کان المدّعی هو الزوج، لأنّ المال الذی یدعیه الزوج أمر تابع، لا یجعل النزاع مالیّاً حتی تقبل شهادتها فیه.

و أمّا إذا اتّفقا علی الطلاق و اختلفا فی وصفه فقد فصّل کاشف اللثام بین کون المدّعی هو الزوج، لأنّ النزاع یصبح نزاعاً مالیاً، بخلاف ما إذا کانت هی المدّعیهٔ فلا، لأنّها تدعیه لأجل إبطال جواز الرجوع. «۲»

و لكن الظاهر مما ورد فى جواز شهادتهن فى الديون و الأموال كون مصبِّ الدعوى هو المال و أمّا المقام فإنّ مصبَّها هو وصف الطلاق من كونه خلعياً أو رجعياً لا الأمر المالى، و إن كان يترتب عليه شىء مالى.

۳ و ۴ الوكالة و الوصاية

إنّ ادعاء الوكالة و الوصاية ليس داخلًا فى الضابطة التى سمعتها فليست

---

(۱) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۳۹.

(۲) الفاضل الهندى: كشف اللثام: ۲/ ۱۸۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۷۰

الدعوى فى دين أو أمر مالى أو فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، و لا من قبيل العذرة و المنفوس. و المقصود من الوصاية هى الوصيّة العهديّة كأن يدعى أنّ الميّت جعله وصيّاً ليقوم بتجهيزه أو باستئجار شخص يحجّ عنه أو ينوب عنه فى الصلاة أو غيرهما أمّا إذا تضمّنت وصيّة تمليكية فتدخل فى القسم الثانى كما ستوافيك.

و يدل عليه معتبر عبد الرحمن قال سألت أبا عبد اللّه عليه السَّلام عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة، تجوز شهادتها؟ قال: «تجوز شهادة النساء فى العذرة و المنفوس». «۱» فإنّ العدول عن الجواب عما سُئل، إلى ما لم يُسأل دليل على عدم جواز شهادتهنّ فى الإيصاء.

۵ و ۶ النسب و رؤية الأهلة

لا- تقبل شهادتهنّ فى النسب و رؤية الأهلّة لخروجهما عن المستثنى، و إن استلزم دعوى مالية كالإرث فى النسب، و حلول آجال الديون فى الثانى.

نعم من قال بأنّ الميزان فى عدم القبول: «ما يطلع عليه الرجال و ما لا يكون مالًا و لا المقصود منه المال». «۲» كان عليه القبول فى مثل النسب لغاية ادعاء الإرث، و الهلال لأجل حلول آجال الديون. و لكن لم نعثر على تلك الضابطة و إن اشتهر بين الفقهاء لكونه منقوضاً بالنكاح و غيره و لذلك قال صاحب الجواهر: «لم أقف فى النصوص على ما يفيده بل فيها ما ينافيه».

أضف إلى ذلك تضافر النصوص فى عدم جواز شهادتهنّ فى الهلال «۳» و أمّا فى خبر داود بن الحصين فى حديث طويل قال: «لا تجوز شهادة النساء فى الفطر

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۱.

(۲) الفاضل الهندى: كشف اللثام: ۲/ ۱۹۸.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحديث ۸، ۱۰، ۱۷، ۱۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۷۱

إلّا شهادة رجلين عدلين و لا بأس فى الصوم بشهادة النساء و لو امرأة واحدة». «۱» فقد حمله الشيخ على أن يصوم الإنسان بشهادة النساء استظهاراً و احتياطاً دون أن يكون واجباً.

***

القسم الثانى: ما يثبت بأحد الطرق الأربعة

اشارهٔ

ما یثبت بشاهدین، و شاهد و امرأتین، و شاهد و یمین، و امرأتین و یمین. فتکون الطرق أربعاً. نعم اقتصر المحقّق بالثلاثهٔ الأُولی.

ثمّ إنّ الموضوع الذی نحن بصدد إثباته بهذه الطریقهٔ لا یخلو عن ثلاثهٔ: إمّا دین، أو حقّ، أو مال.

اشارهٔ

فتکون الصور اثنتا عشرهٔ و بما أنّ ثبوت الأُمور الثلاثهٔ بشاهدین، موضع وفاق، کتاباً و سنهٔ و فتوی، نرکز البحث علی حجّیهٔ الطرق الثلاثهٔ الأخیرهٔ فی إثبات الموضوعات الّتی تعرفت علیها، و تکون الصور عندئذ تسعهٔ و قبل البحث فی المواضیع الثلاثهٔ نقدّم، بعض کلمات فقهائنا فی التعبیر عن موضوع هذا القسم سعهٔ و ضیقاً.

فقد اختلفت کلمات الأصحاب فی تحدید موضوع هذا القسم و لعلّ الکلّ متفقون جوهراً و لبّاً و إن کانوا مختلفین تعبیراً و لفظاً و إلیک الإشارهٔ إلی تعابیرهم:

۱- من عبّر بالدین فقط

۱- قال ابن بابویه: و تقبل شهادهٔ النساء فی النکاح و الدین و فی کلّ ما لا یُتهیّأ للرجال أن ینظروا إلیه. «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحدیث ۳۶.

(۲) ابن المطهّر: المختلف، کتاب الشهادات: ۱۶۰.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۷۲

۲ قال الصدوق: و لا بأس بشهادهٔ النساء فی النکاح و الدین و کلّ ما لا یتهیأ للرجال أن ینظروا إلیه. «۱»

۳- و قال ابن الجنید: شهادهٔ النساء فی الدین جائزهٔ بالنصّ، و المرأتان مقام رجل و کلّ أمر لا یحضره الرجال و لا یطَّلِعونَ علیه فشهادهٔ النساء فیه جائزهٔ. «۲»

۴- و قال الشیخ: و تقبل شهادتهنّ فی الدیون مع الرجال و علی الانفراد. فإن شهد رجل و امرأتان بدین قبلت شهادتهم، فإن شهد امرأتان قبلت شهادتهما و وجب علی الذی تشهدان له، الیمین کما یجب علیه الیمین إذا شهد له رجل واحد. «۳» فإذاً مراده من الانفراد، هو شهادهٔ المرأتین مع یمین المدّعی و ستعرف وجود النص علیه، و لیس مراده من الانفراد، هو شهادهٔ أربع نساء. و علی هذا یحمل کلام السابقین علیه، أعنی: أبناء بابویه و الجنید حیث لم یقیّدوا جواز شهادتها برجل أو بیمین و مرجع الجمیع واحد و نظیره فی کلام ابن البرّاج و ابن إدریس فی التالی.

۵- قال ابن البرّاج: و تُقبل شهادتهنّ فی الدیون مع الرجال و علی الانفراد بأن یشهد رجل و امرأتان علی إنسان بدین لرجل فتقبل شهادتهم و إن شهدت امرأتان قبلت شهادتهما و کانت بشهادهٔ رجل واحد، یجب معهما الیمین علی المشهود له. «۴»

۶- و قال ابن إدریس: و تقبل شهادتهنّ فی الدیون مع الرجال بغیر خلاف علی ما نطق به القرآن و علی الانفراد عند بعض أصحابنا فإن شهد رجل و امرأتان بدین قبلت شهادتهما، فإن شهد امرأتان قبلت شهادتهما و وجب علی الذی تشهدان له، الیمین کما تجب الیمین إذا شهد له رجل واحد عند بعض أصحابنا

---

(۱) الصدوق: المقنع: ۴۰۲.

(۲) ابن المطهّر: المختلف: ۱۶۰.

(۳) الطوسی: النهایة: ۳۳۳.

(۴) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۷۳

علی ما قدّمناه. «۱»

۲- من عبّر بالدیون و الأموال

۷- قال المفید: و تقبل شهادة رجل و امرأتین فی الدیون و الأموال. «۲»

۸- و قال سلّار: و ما تقبل فیها شهادة النساء إذا انضممن إلی الرجال، فالدیون و الأموال تقبل فیها شهادة رجل و امرأتین. «۳»

۹- قال العلّامة: و أمّا الدیون و الأموال کالقرض و القراض و الغصب و عقود المعاوضات و الوصیة له، و الجنایة الموجبة للدیة و الوقف علی إشکال فتثبت بشاهد و امرأتین و بشاهد و یمین. «۴»

۳- من عبّر بالمال أو المقصود منه المال

۱۰- قال الشیخ: ما یثبت بشاهدین و شاهد و امرأتین و شاهد و یمین هو کلّ ما کان مالًا أو المقصود منه المال، فالمال، القرض و الغصب و المقصود منه المال عقود المعاوضات: البیع و السلم و الصلح و الإجارات و القراض، و المساقاة و الرهن، و الوقف و الوصیة له، و الجنایة التی یوجب المال عمداً کانت أو خطأ کالجائفة. «۵»

۴- من عبّر بالمال

۱۱ قال الشیخ: حکم عندنا بالشاهد و الیمین فی الأموال، و عند الشافعی و مالک علی ما سنبیّنه، و یحکم عندنا بشهادة امرأتین، مع یمین المدّعی و به قال مالک، و قال أبو حنیفة و الشافعی و غیرهما لا یحکم بشهادة المرأتین مع الیمین

---

(۱) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۸.

(۲) المفید: المقنعة: ۷۲۷.

(۳) سلّار: المراسم العلویة: ۲۳۴.

(۴) ابن المطهّر: الإرشاد: ۲/ ۱۵۹.

(۵) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۷۴

. دلیلنا، إجماع الفرقة و أخبارهم، و لأنّ المرأتین کالشاهد الواحد فی الأموال، أ لا تری لو أقام فی المال شاهدین حکم له، و لو أقام شاهداً و امرأتین حکم له، ثبت أنّهما کالرجل الواحد ثمّ ثبت أنّه لو أقام شاهداً واحداً حلف معه، فکذلک إذا أقام امرأتین». «۱»

حاصل ما أفاد: أنّه یحکم:

۱- بالشاهد و الیمین.

۲- بالمرأتین و الیمین.

و خالف أکثر الفقهاء فی الثانی، فاستدل بأنّ المرأتین إذا کانتا منضمتین إلی الرجل، کانت شهادتهما نافذة، فهما کالرجل الواحد،

هذا من جانب.

و من جانب آخر لو أقام شاهداً مع يمينه يحكم له، فكذلك ما هو منزل منزلته أى المرأتان مع اليمين.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره يتوقف على عموم فى التنزيل و أنّ الشارع نزّل المرأتين، منزلة الشاهد مطلقاً، سواء كانتا مع الشاهد أو مع اليمين و أنّى لنا إثبات هذا الأمر، و لعلّهما مثله إذا كانتا معه، لا مثله إذا كانتا مع اليمين فما ذكره أشبه بالقياس.

و على كلّ تقدير، لم يذكر شيئاً من شهادة رجل و امرأتين لأنّه ليس محلّا للخلاف و قد نصّ به الذكر الحكيم، فكيف يُذْكر فى الكتاب المؤلّف لبيان الخلافيات، نعم كان عليه تحديد الموضوع سعة و ضيقاً.

۲- ۱ قال ابن حمزة: و تقبل شهادتهنّ مع الرجال، و مع اليمين إذا لم يكن رجال و هى فى موضعين: فى المال، و فيما كان وصلة إليه. «۲»

---

(۱) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۷.

(۲) ابن حمزة: الوسيلة: ۲۲۲.

هذه اثنتا عشرة كلمة نكتفى بها، و عليك بالتتبع فى كلمات الباقين كالفاضل المقداد و ابن فهد، و ...

و لنأخذ كلّ واحد من الدين و الحقّ و المال بالبحث منفرداً فنقول:

[أما مورد الدين]

1- ثبوت الدين برجل و امرأتين

إنّ ثبوته بهما، صريح الكتاب العزيز قال سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) إلى أن قال: (فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (البقرة/ ۲۸۲).

و أمّا السنّة فنقتصر بنقل رواية واحدة و هى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام أنّه سئل عن شهادة النساء فى النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل و كان على عليه السَّلام يقول: لا أجيزها فى الطلاق» قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل فى الدين؟ قال: «نعم». «۱»

2- ثبوت الدين بشاهد و يمين

أمّا ثبوت الدين بشاهد و يمين فهو من ضروريات فقهنا و إن خالفتنا العامة فقد تضافرت الروايات عن أئمة أهل البيت فى صحّة القضاء بشاهد و يمين طالبِ الحق و أنّ رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قضى بهما ففى صحيح محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: «كان رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم يجيز فى الدين بشهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين». «۲» و قد عقد صاحب الوسائل فى كتاب القضاء فى أبواب كيفية الحكم، باباً لذلك و جعل العنوانَ حقوق الناس المالية و قد استقصينا البحث فيه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

فى كتاب القضاء فراجع. «۱»

3- ثبوت الدين بامرأتين و يمين المدّعى

تضافرت الروايات، بثبوت الدين بامرأتين و يمين المدّعى و قد عقد الشيخ الحرّ باباً لذلك و جعل العنوان كالباب السابق «الدعوى المالية» و نكتفى فى ذلك ما يلى:

۱- روى منصور بن حازم عن موسى بن جعفر عليهما السّلام: «إذا شهد لطالب الحقّ، امرأتان و يمينه فهو جائز». «۲»

۲- و فى صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام: «أنّ رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف باللّه أنّ حقّه لحق». ۳

۳- روى منصور بن حازم قال حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السّلام قال: «إذا شهد لصاحب الحقّ امرأتان و يمينه فهو جائز». ۴ و يحتمل اتحادها مع الأُولى و الموضوع فى الأُولى و الأخيرة هو الحقّ و فى الثانى هو الدين، لكن الذيل دالّ على انّ الموضوع للثبوت هو الحق و أنّ الدين إنّما يثبت بهما لكونه حقّاً حيث قال: يحلف اللّه أنّ حقّه لحق. و على كلّ تقدير فالدين من مصاديق الحقّ قطعاً مضافاً إلى التصريح بالدين فى صحيح الحلبى.

*** إلى هنا تمّ الكلام فى الطرق الثلاثة فى مورد الدين

و إليك البحث عن الطرق الثلاثة فى مورد الحق

اشارة

و نقول:

---

(۱) كتاب القضاء: ۵۲۸.

(۲) ۲- ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، ۳، ۴. و سيوافيك تصحيح سند الأُولى و الأخيرة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۷۷

۴- ثبوت الحقّ برجل و امرأتين.

۵- ثبوت الحقّ، برجل و يمين.

۶- ثبوت الحقّ بامرأتين و يمين.

المراد من الحقّ، هو حقّ الناس، كحقّ الشفعة و الخيار، و الرهن و المرور.

و نركّز على البحث فى القسم الأوّل، لكونه محلًا للخلاف دون الأخيرين لورود الروايات فيهما.

و يدل على الإشهاد بالأوّل أُمور:

1- قوله سبحانه: (فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ)

قال سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ) (البقرة/ ۲۸۲) و الآية و إن وردت فى مورد الدين، لكن المورد غير مخصِّص و فهم العرف يساعد جواز شهادتهن مع الرجل، فى الأُمور المالية، بشهادة أنّه سبحانه يقول فى ذيل الآية: (وَ أَشْهِدُوا إِذا تَبايَعْتُمْ) و يأمر بالإشهاد فى البيع و من الواضح أنّ المراد منه هو الإشهاد المتقدم الوارد فى نفس الآية أعنى: «شهادة رجلين أو رجل و امرأتين» فإذا جاز شهادتهما مع رجل فى البيع، جاز فى غيره، لأنّه يُستظهر منه أنّ الآية بصدد بيان الضابطة فى الأُمور المالية سواء كان ديناً أو غيره أوّلًا، و عدم القول بالفصل ثانياً.

و ربّما یورد علی الاستدلال بالآیهٔ، بأنّ معتبر «داود بن الحصین»، خصّ جواز شهادتهن مع رجل فی الآیهٔ بمورد الدین حیث روی عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام أنّه قال: «و کان أمیر المؤمنین یُجیز شهادهٔ المرأتین فی النکاح عند الإنکار و لا یجیز فی الطلاق إلّا شاهدین عدلین» فقلت: فأین ذکر اللّه تعالی قوله: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ)؟ فقال: «ذلک فی الدین، إذا لم یکن رجلان، فرجل و امرأتان، و رجل

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۷۸

واحد و یمین المدّعی «۱» إذا لم یکن امرأتان قضی بذلک رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم و أمیر المؤمنین علیه السَّلام بعده عندکم». «۲»

یلاحظ علیه: أنّ المراد من تخصیصه بالدین فی مقابل الطلاق الذی استدل الراوی علی جواز شهادتهما مع رجل فیه بالآیهٔ فأجاب الإمام بأنّه فی الدین، أی لا فی الطلاق الذی هو محلّ الکلام أی الذی لیس بینه و بین الدین تسانخ و لا تشابه و لا یرید به نفی ثبوت الحقوق و الأموال بهما التی یتلقاهما العرف مع الدین من باب واحد، و الظاهر أنّ دلالهٔ الآیهٔ کافیهٔ فی ثبوت الحقوق مع رجل و امرأتین.

2- أولویة المقام من الإشهاد برجل و یمین

تضافرت الروایات عن أئمّهٔ أهل البیت ثبوت الدعوی فی حقوق الناس المالیهٔ بشاهد و یمین و هو من ضروریات الفقه الإمامی، و قد عبّر عنها فیها تارهٔ بیمین صاحب الدین «۳» و أُخری بیمین صاحب الحق ۴ و ثالثهٔ بحقوق الناس ۵ و رابعهٔ بیمین المدّعی ۶ علی وجه الإطلاق، و أمّا فی بعض الروایات من اختصاص الثبوت بالدین وحده. ۷ فلا- یراد منه أنّه لا- یتجاوز عن الدین إلی الحقّ بل یرید إخراج مثل حقوق اللّه أو الهلال بقرینهٔ روایهٔ محمّد بن مسلم عن أبی جعفر لو کان الأمر إلینا أجزنا شهادهٔ الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس و أمّا ما کان من حقوق اللّه عزّ و جلّ أو رؤیهٔ الهلال فلا. ۸

و أمّا سند الروایهٔ الأخیرهٔ فرواها الشیخ بسند غیر نقی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمّد بن مسلم إذ فی طریقه «عبید اللّه بن أحمد» و هو لم یوثق و

---

(۱) الحدیث صریح فی أنّ الإشهاد برجل و یمین المدّعی فی طول الإشهاد برجل و امرأتین.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۳) ۳- ۸ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱، ۲، ۱۲، ۳، ۱۰، ۱۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۷۹

لکن رواها الصدوق بسند صحیح عن الحسن بن محبوب، و هو و من بعده ثقات و الروایهٔ صحیحهٔ.

هذا من جانب، و من جانب آخر دلّت معتبرهٔ داود بن الحصین علی أنّ الإشهاد برجل و یمین المدّعی فی طول الاحتجاج برجل و امرأتین «۱» فإذا صحّ الإشهاد برجل و یمین یصحّ جواز الإشهاد برجل و امرأتین بوجه أولی.

و بهذا البیان تبیّن جواز الاحتجاج برجل و امرأتین، و برجل و یمین، الذی هو الطریق الثانی. أمّا الثانی بالنص و أمّا الأوّل فبالأولویّهٔ.

3- أولویة المقام من الإشهاد بالمرأتین و الیمین

و هناک أولویهٔ أُخری و هی التی تعدّ دلیلًا ثالثاً علی جواز الإشهاد برجل و امرأتین و هی أنّه إذا جازت شهادهٔ المرأتین مع یمین صاحب الحق، فشهادهٔ الرجل مع المرأتین أولی بالجواز.

روی الصدوق بسنده عن منصور بن حازم أنّ أبا الحسن موسی بن جعفر علیهما السَّلام قال: «إذا شهد لطالب الحقّ، امرأتان و یمینه فهو جائز». «۲»

رواه الکلینی عن بعض أصحابنا عن محمّد بن عبد الحمید، عن سیف بن عمیرة، عن منصور بن حازم قال: حدثنی الثقة عن أبی الحسن علیه السّلام قال: «إذا شهد لصاحب الحقّ امرأتان و یمینه فهو جائز». ۳

و طریق الصدوق إلی منصور بن حازم، صحیح لو لا محمّد بن علی ماجیلویه، فإنّه لم یوثق، و لکن القرائن تشهد علی وثاقته و ذلک من جهات:

۱- وثقه العلّامة فی الخلاصة و لأجل ذلک صحّح طریق الصدوق إلی

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۰

إسماعیل بن ریاح و هو فیه و کذلک طریقه إلی الحرث بن المغیرة، و الحسین بن زید. «۱»

۲- أکثر الصدوق عنه الروایة بلا واسطة، و ترضّی عنه کلّما ذکره، لکونه من مشایخه.

۳- ذکرنا فی محلّه أنّ شیوخة الإجازة تغنی عن التوثیق غالباً.

۴- وثقه المیرزا الاسترآبادی فی الوسیلة، و الفاضل الجزائری، حسب ما نقله المامقانی فی التنقیح.

۵- إنّ الصدوق صرح فی دیباجة الفقیه، أنّ الکتب الّتی یروی الحدیث عنها کتب مشهورة معتبرة و علی هذا یکون ذکر السند إلیها فی المشیخة. لأجل إخراجها عن الإرسال إلی الإسناد، مع عدم الحاجة إلیه.

و لأجل هذه القرائن، لا یصح العدول عنه إلی غیره فالروایة معتبرة تحتجّ بها و الإشکال بأنّ ابن حازم یروی الحدیث عن نفس الإمام تارة و عن الثقة أُخری غیر ضائر لإمکان أنّه سمعه أوّلًا، عن الثقة فرواه، ثمّ عن نفس الإمام.

و النتیجة أنّه تجوز شهادتهنّ مع الیمین.

فإذا صحّ الإشهاد بالمرأتین و یمین صاحب الحقّ جاز شهادتهنّ مع الرجل، بوجه أولی، و ذلک لأنّ شهادة المرأتین مع یمین صاحب الحقّ فی درجة متأخرة عن سائر الطرق بشهادة أنّ روایة داود بن الحصین، ذکر الطرق الثلاثة علی ترتیب خاص و لم یذکرها «۲» و مثله مرسلة یونس «۳»، فإذا صحّ الاحتجاج فی ثبوت الحقّ، بالمرأتین و الیمین فالاحتجاج برجل و امرأتین أولی بالإثبات.

---

(۱) تنقیح المقال: ۳/ ۱۵۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۱

و بهذا البیان الضافی، ثبت جواز الشهادة فی الطرق الثلاثة فلاحظ.

۷- ۹

ثبوت المال بالطرق الثلاثة

اشارة

کان الکلام فی السابق مرکّزاً علی ثبوت الدین و الحقّ الآدمی بالطرق الثلاثة و قد نهض الدلیل علی ذلک، و الکلام فی المقام مرکّز علی ثبوت المال بها، و الظاهر ثبوته بها بالطریق الأولی، لصحّة الاحتجاج بالرجل و المرأتین فی البیع، الذی ظاهره أنّ النزاع فی وجود

العقـد و عـدمه، لکن مفـاده و لبّه یرجع إلی أنّ المبیع للمشتری، و الثمن للبائع و عـدمه. و یفهم منه عرفاً حجّیتهما فیما إذا ادعی کونه مالکاً لما فی ید الآخر، و احتجّ بشاهد و امرأتین و معلوم أنّه لیست للبیع خصوصیّة فی هذا المقام.

بل یمکن الاحتجاج هنا بصـحیحة محمّـد بن مسـلم عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شـهادة الرجل الواحد، إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق النـاس». «۱» فإنّ الظاهر من حقوق الناس هو مطلق الـدعاوی المربوطـة بالآدمیّین التی أظهرها الأُمور المالیة التی منها الدعوی فی العین.

و قـد عرفت فی مـا سـبق أنّ صـحّة الاحتجـاج برجـل و یمین، یلازم صـحّة الاحتجـاج برجـل و امرأتین، لکـون الثـانی أقـوی حجّیـة، فالصحیحة کما أنّها حجّة فی موردها فهی تدل علی صحّة الاحتجاج بما هو أقوی فی موردها أعنی الاحتجاج برجل و امرأتین.

و بـذلک یعلم صـحّة الاحتجـاج، بصـحیحة عبـد الرحمن بن الحجـاج حیث دلّت علی حضـور علی مع خصـمه «عبـد اللّه بن قُفَّل» فی محکمـة شـریح و کـان النزاع فی درع طلحـة و کـانت بیـد الخصم، و کـان علی علیه السَّلام یـدعی أنّه من بیت المال و ممّا قاله علیّ لشریح، أنّه کان یمکنه أن یقضی فی المقام بشهادة واحد و یمین. ۲ و

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۲، ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۲

کیفیة الاستدلال بالحدیثین واحدة.

بقی الکلام فی ثبوت المـال بـالطریق الثـالث أی المرأتین و یمین المـدّعی فإن قلنا بأنّ الإمعان فی مجموع روایات الباب یعطی حجّیة شهادة المرأتین فی الأُمور المالیة مطلقاً، أو قلنا إنّ الحقّ فی روایة منصور بن حازم الواردة فی شـهادة المرأتین مع یمین صاحب الحقّ، کنایـة عنها، أو قلنا بأنّ العرف، یلغی الخصوصـیة بین الحقّ و العین فیثبت المال بهما، و إلّا فلا. و الحقّ، أنّ القرائن المتوفّرة تـدل علی أنّ الإسـلام سـلب عن شـهادتها الحجّیة فی حقوق اللّه، إلّا ما خرج و أضفی لها الحجّیة فیما یرجع إلی حقوق الناس بالمعنی الأعمّ من الدین، و الحقّ و العین.

ثبوت الوقف بشـهادة المرأة

و ممّا ذکرنا تظهر الحال فی الوقف، فإنّه حقوق لآدمی تطلب منه المنفعة سواء کان وقفاً عاماً أو خاصاً و إلیک بعض الکلمات:

۱- قال الشیخ: و قال بعضهم یثبت جمیع ذلک (مشیراً إلی الوقف و غیره) بشاهد و امرأتین و هو الأقوی إلّا القصاص. «۱»

۲- و قال: لا یثبت الوقف بشـهادة واحد مع یمین المدّعی، و للشافعی فیه قولان: بناء علی أنّ الوقف إلی من ینتقل فإذا قال: ینتقل إلی اللّه تعالی فلا یثبت إلّا بشاهـدین، و إذا قال ینتقل إلی الموقوف علیه فیثبت بشاهـد و یمین، و قال أبو العباس: یثبت بشاهد و یمین قولًا واحـداً دلیلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع علی ثبوت الوقف به، و ما قالوه لیس علیه دلیل و الأخبار التی رویناها فی القضاء بالشاهـد مع الیمین مختصّـة بالأموال و الوقف لیس بمال للموقوف علیه بل له الانتفاع به فقط دون رقبته. «۲» فإذا لم یثبت کونه مالًا، فلا یحتج بالمرأتین، مع الشاهد أو مع الیمین کما لا یحتج کما ذکره بالشاهد و الیمین.

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۲.

(۲) الطوسی: الخلاف، ۳، کتاب الشهادة، المسألة ۲۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۳

۳ قال العلّامة: و أمّا الدیون و الأموال کالقرض، و القراض و الوقف علی إشکال فتثبت بشاهد و امرأتین و بشاهد و یمین. «۱»

۴- و قال سیّدنا الأستاذ: «و فی قبول شهادتهن فی الوقف وجه لا يخلو عن إشكال و لعلّ وجه الإشكال عدم انتقال الموقوفة إلی الموقوف علیهم، و بقاؤه علی ملک الواقف أو انتقاله إلی ملکه سبحانه، کما هو أحد الأقوال فی کلام الشیخ فی الخلاف».
یلاحظ علیه: أنّ النزاع لیس فی الرقبة و إنّما النزاع فی منافعها المالیة التی تعدّ من حقوق الناس و هذا یکفی فی الثبوت، علی أنّ الحقّ انّ الوقف یخرج من ملک الواقف و یدخل فی ملک الموقوف علیه ملکاً، غیر صالح للإخراج.

***

القسم الثالث: ما یثبت بالرجال و النساء منفردات و منضمات

و هذا القسم لا یختص بصنف بل یعمّ کلّ شاهد ذکراً کان أو أُنثی، و الأُنثی منفردة کانت أو منضمّة، و ضابطه کلّ ما یعسر اطلاع الرجال علیه غالباً. قال الشیخ فی المبسوط: و الثالث ما یثبت بشاهدین، و شاهد و امرأتین و أربع نسوة، و هو الولادة، و الرضاع، و الاستهلال، و العیوب تحت الثیاب و أصحابنا رووا أنّه لا تُقبل شهادة النساء فی الرضاع أصلًا و لیس هاهنا ما یقبل فیه شهادة النساء علی الانفراد إلّا هذه. «۲»

و قال أیضاً فی الخلاف: تقبل شهادة النساء علی الانفراد فی الولادة و الاستهلال، و العیوب تحت الثیاب، کالرتق، و القرن و البرص، بلا خلاف و تقبل عندنا شهادتهنّ فی الاستهلال و لا تقبل فی الرضاع أصلًا، و قال الشافعی:

---

(۱) ابن المطهر: الإرشاد: ۲/ ۱۵۹.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۴

تُقبَل شهادتهنّ فی الرضاع أیضاً، و الاستهلال و قال أبو حنیفة: لا تقبل شهادتهنّ علی الانفراد فیهما بل تقبل شهادة رجل و امرأتین دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم، و أیضاً ما اعتبرناه مجمع علی قبول شهادتهنّ فیه، و ما قال الشافعی لیس علیه دلیل و أیضاً الأصل أنّ الإرضاع، و إثبات ذلک یحتاج إلی دلیل و لیس فی الشرع ما یدلّ علی أنّ بشهادتهنّ یثبت ذلک. «۱»

و قال ابن البرّاج: أمّا الذی یجوز قبول شهادتهنّ فیه و لا یجوز أن یکون معهنّ أحد من الرجال فهو جمیع ما لا یجوز للرجال النظر إلیه مثل العُذرة و الأُمور الباطنة فی النساء، و شهادة القابلة وحدها فی استهلال الصبی فی ربع میراثه، و شهادة امرأة واحدة فی ربع الوصیة، و شهادة امرأتین فی نصف میراث المستهل و نصف الوصیة، و علی هذا الحساب. «۲» إلی غیر ذلک من الکلمات المماثلة.

ثمّ إنّ الروایات الواردة فی المقام بین ما ینصّ علی الضابطة، و ما یبین حکم موضوع خاص، فمن الأولی:

۱- معتبر أبی بصیر: قال سألته عن شهادة النساء فقال: «تجوز شهادة النساء وحدهنّ علی ما لا یستطیع الرجال النظر إلیه». «۳»

۲- خبر إبراهیم الحارثی: قال سمعت أبا عبد اللّه علیه السَّلام یقول: «تجوز شهادة النساء فیما لا یستطیع الرجال أن ینظروا إلیه و یشهدوا علیه». ۴

۳- و معتبر محمّد بن الفضیل عن أبی الحسن الرضا علیه السَّلام، قال: «تجوز شهادة النساء فیما لا یستطیع الرجال أن ینظروا إلیه و لیس معهن رجل». ۵

۴- موثقة عبد اللّه بن بکیر عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام قال: «تجوز شهادة النساء فی العذرة و کلّ عیب لا یراه الرجل». ۶

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۹.

(۲) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۵۹.

(۳) ۳- ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحدیث ۴، ۵، ۷، ۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۵

۵ صحیح عبد اللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السّلام یقول: «تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال فی کلّ ما لا یجوز للرجال النظر إلیه». «۱» إلی غیر ذلک من الأحادیث الحاملة للضابطة.

و أمّا الثانیة أی التنصیص علی الموارد، فقد تضافرت الروایات علی جواز شهادتهنّ فی المنفوس و العذرة، و بما أنّ المراد من الشهادة علی المنفوس هو الشهادة علی المولود، و أنّه ولد حیّاً أو میتاً استهلّ أو لا، کما أنّ من الشهادة علی العُذرة کون المرأة بَکراً أو لا، فقد بلغ عدد الروایات فیهما اثنین و عشرین لکن بتعابیر مختلفة.

فتارة تنص علی شهادة القابلة. «۲»

و أُخری علی شهادة النساء فی المنفوس و العذرة أو خصوص الأخیرة. «۳»

و ثالثة فی شهادتها فی استهلال المولود، و بالتالی صحّة وراثته. «۴»

و مرجع الجمیع إلی شهادة المرأة فی أُمور الولادة، التی لا تحضرها إلّا النساء غالباً و تلحق به العذرة التی لا یقف علیها شرعاً إلّا النساء.

و سیوافیک تفصیل الأمر فی تنفیذ شهادة القابلة و المرأة الواحدة و المقصود فی المقام بیان أصل نفوذ شهادة المرأة.

بقی الکلام فی أُمور:

اشارة

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحدیث ۱۰، و لاحظ أیضاً الحدیث ۱۲، ۴۲، ۵۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲، ۶، ۱۰، ۲۳، و غیرها

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲، ۸، ۹، ۱۳، ۱۴، ۱۸، ۱۹، ۲۱، ۴۴، ۴۶، ۴۹.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۶، ۳۸، ۴۱، ۴۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۶

۱- هل تتعین شهادتهن فی هذه الموارد؟

مقتضی إطلاق حجّیة قول الشاهد، حجّیة شهادته حتّی فی هاتیک الموارد إذا لم یوجب الحضورُ الخروجَ عن العدالة، کما فی حالة الضرورة، أو کان النظر جائزاً کما فی الزوج، أو کان سمع الصوت، و لم یکن ملازماً للنظر إلی الأمر المحرّم إلی غیر ذلک من الموارد التی یمکن تصویر مشارکة الشاهد العادل مع النساء فی هذه الموارد.

و ما فی بعض الروایات من التقیید بلفظ وحدهنّ کما فی صحیح ابن سنان قال: تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال فی کلّ ما لا یجوز للرجال النظر إلیه و تجوز شهادة القابلة وحدها فی المنفوس. «۱» فلا یعنی إلّا إضفاء الحجّیة علی شهادتهنّ فی هذه الحالة أیضاً و إن لم یکن معهن رجال، و لا یعنی سلب حجّیتها إذا کنّ منضمات إلی الرجال و لعلّ کلام ابن البرّاج الماضی حیث قال: «و لا یجوز أن یکون معهنّ أحد من الرجال» ناظر إلی بیان الموضوع و أنّ من شأنه أن لا یحضره الرجال لا أنّه إذا حضروا و لم یکن منافیاً للعدالة، لا تجوز شهادتهم.

و الحاصل أنّ الروایات لیست بصدد کون شهادتهنّ متعیّنة فی هذه الموارد و أنّه لیست لشهادة غیرهنّ قیمة. و أمّا ردّ الإمام علی علیه

السَّلام شـهادهٔ الرجال علی الزنا، عند التعارض مع شهادهٔ النساء علی کون المرمیهٔ بالزنا بکراً «۲» فلا یرمی إلی نفی کون شهادتهم فی المورد فی عرض شـهادهٔ النسـاء بـل لمّـا ادعت المرأهٔ کونهـا بکراً کمـا فی بعض الروایـات، صار الموضوع مقروناً بالشـبهٔ فأمر الإمام بالفحص.

۲- شهادتهن فی الرضاع

قد تعرفت فی نقل الکلمات علی اختلافهم فی جواز شهادتهنّ فی الرضاع

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۳، ۴۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۸۷

قال الشـیخ فی المبسوط بعد ما ذکر قبول شهادهٔ أربع نسوهٔ فی الولادهٔ و الاستهلال و العیوب تحت الثیاب: و أصحابنا رووا أنّه لا تقبل شهادهٔ النساء فی الرضاع أصلًا. «۱»

۲- و قـال فی کتـاب الرضـاع من الخلاـف: لاـ تقبـل شـهادهٔ النسـاء عنـدنا فی الرضـاع بحـال و قال أبو حنیفـهٔ و ابن أبی لیلی: لا تقبل شهـادتهنّ منفردات إلّـا فی الولاـدهٔ، و قـال الشـافعی: شـهادتهنّ علی الاـنفراد تقبل فی أربعـهٔ مواضع: الولادهٔ، الاسـتهلال، و الرضاع و العیوب. «۲»

۳- قال المفید: و تقبل شهادهٔ امرأتین مسلمتین مستورتین فیما لا یراه الرجال کالعذرهٔ ... و الرضاع. «۳»

۴- و قال سلار: و أمّا ما تؤخذ فیه شهادهٔ النساء فکلّ ما لا یراه الرجال کالعذرهٔ و عیوب النساء ... و الرضاع و تقبل شهادهٔ امرأهٔ واحدهٔ إذا کانت مأمونهٔ. «۴» و سیوافیک الکلام فی قبول المرأتین أو المرأهٔ الواحدهٔ فانتظر.

۵- قال ابن حمزهٔ: شـهادهٔ أربع نساء. ذلک فی ستّهٔ مواضع: الرضاع و الولادهٔ و العُـذرهٔ و الحیض و النفاس و عیوب النساء التی تکون تحت الثیاب مثل البرص و الرتق و القرن. «۵»

۶- و قال المحقّق: و فی قبول شهادهٔ النساء منفردات فی الرضاع خلاف أقربه الجواز. «۶»

۷- و قال العلّامهٔ: و أمّا الولادهٔ و الاستهلال و عیوب النساء الباطنهٔ و الرضاع علی إشکال فتقبل شهادتهنّ و إن انفردن. «۷»

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۷۴.

(۲) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الرضاع، المسألهٔ ۱۹.

(۳) المفید: المقنعهٔ: ۷۲۷.

(۴) سلّار، المراسم العلویهٔ: ۲۳۴.

(۵) ابن حمزهٔ: الوسیلهٔ: ۲۲۲.

(۶) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۷.

(۷) ابن المطهر: الإرشاد: ۲/ ۱۵۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۳۸۸

وجه القبول واضح لاندارج الرضاع فی الضابطهٔ السابقهٔ لأنّه من الأُمور التی لا یطلع علیه إلّا النساء أو لا یجوز للرجال النظر إلیه.

احتج للقول الآخر بأمرین:

۱- الأصل، أی أصالة عدم جواز شهادتهنّ لکنّه مقطوع بما دلّ علی جواز شهادتهنّ فی کلّ مورد یدخل تحت الضابطة.

۲- مرسل ابن بکیر فی امرأة أرضعت غلاماً و جاریة قال: «یعلم ذلک غیرها؟» قلت: لا قال: فقال: «لا تصدق إن لم یکن غیرها». «۱» و الأولی أن یحتجّ به علی جواز شهادتهنّ، لدلالته بالمفهوم علی صحّة الاحتجاج بها إذا کانت معها غیرها.

۳- شهادة امرأة واحدة فی ربع المیراث و الوصیة

تقبل شهادة المرأة الواحدة بلا یمین فی ربع میراث المستهل، و فی ربع الوصیة، و الاثنتین فی النصف، و الثلاثة، فی ثلاثة أرباع و الأربعة فی تمام المال.

قال الشیخ فی الخلاف: فإن کانت شهادتهنّ فی الاستهلال، أو فی الوصیّة لبعض الناس قُبلَت شهادة امرأة فی ربع المیراث، و ربع الوصیة، و شهادة امرأتین فی نصف الوصیة و نصف المیراث، و شهادة ثلاث فی ثلاثة أرباع الوصیة و ثلاثة أرباع المیراث، و شهادة أربع فی جمیع الوصیة و جمیع میراث المستهل، و قال الشافعی: لا یقبل فی جمیع ذلک إلّا شهادة أربع منهنّ، و لا یثبت الحکم بالأقل من أربع علی کلّ حال.

و به قال عطاء، و قال عثمان البتی: یثبت بثلاث نسوة، و قال مالک و الثوری: تثبت بعدد و هو اثنتان فیهنّ. «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۴، الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالرضاع، الحدیث ۳.

(۲) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۸۹

و قال ابن إدریس: و تقبل شهادة القابلة وحدها إذا کانت بشرائط العدالة فی استهلال الصبی فی ربع میراثه بغیر یمین، و تقبل شهادة امرأة واحدة فی ربع الوصیة، و شهادة امرأتین فی نصف میراث المستهل و نصف الوصیة، ثمّ علی هذا الحساب، و ذلک لا یجوز إلّا عند عدم الرجال و علی المسألتین إجماع أصحابنا فلأجل ذلک قلنا بذلک. «۱»

أمّا تنفیذ شهادة المرأة الواحدة فی الاستهلال فقد أوعزنا محال روایاتها فیما مضی فلاحظ، و یکفی فی المقام صحیح عمر بن یزید و فیه: «شهدت المرأة التی قبلتها أنّه استهلّ و صاح حین وقع إلی الأرض، ثمّ مات، قال علی الإمام أن یجیز شهادتها فی ربع میراث الغلام». «۲»

نعم لا یختص تنفیذ الربع بالقابلة و لفظ القابلة من قبیل القیود الواردة مورد الغالب، و إلّا فلو لم تشهد القابلة لغفلتها أو لکونها صماء و شهدت مرأة أُخری عادلة، تنفَّذ شهادتها، و یشهد لذلک نفوذ شهادة الثانیة و الثالثة فی بقیة الأرباع و إن لم یکن قوابل. هذا کله حول الشهادة علی الاستهلال، المثبت للمیراث. و أمّا الشهادة علی الوصیة.

ففی صحیح محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السَّلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السَّلام فی وصیّة لم یشهدها إلّا امرأة، فقضی أن تجاز شهادة المرأة فی ربع الوصیة». «۳» و فی صحیح ربعی عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام فی شهادة امرأة حضرت رجلًا یوصی فقال: «یجوز فی ربع ما أوصی بحساب شهادتها». «۴»

نعم یعارضه خبر أحمد بن هلال العبرتائی (۲۶۷۱۸۰) المذموم المطرود ۵

---

(۱) ابن إدریس: السرائر: ۲/ ۱۳۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۶ و لاحظ أیضاً ۳۸، ۴۱، ۴۸.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج۲، ص: ۳۸۹

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۵.

(۴) ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۶، ۳۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۹۰

و صحیح محمّد بن إسماعیل بن ربیع قال: سألت عن امرأة ادّعی بعض أهلها أنّها أوصت عند موتها من ثلثها، بعتق رقیق لها أ یعتق ذلک و لیس علی ذلک شاهد إلّا النساء؟ قال: «لا تجوز شهادة النساء». «۱» و حملها الشیخ علی التقیة. و یحتمل عدم کون الشهادة جامعة للشرائط.

مسائل ثلاث

الأُولی: لیست الشهادة شرطاً فی العقود

الشهادة لیست شرطاً فی صحّة شیء من العقود و الإیقاعات إلّا الطلاق و الظهار لقوله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ وَ أَقِیمُوا الشَّهادَةَ لِلّهِ ذلِکُمْ یُوعَظُ بِهِ مَنْ کانَ یُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ الْیَوْمِ الْآخِرِ) (الطلاق/ ۲) و أمّا بیان حکم الإشهاد فی الرجعة و النکاح و البیع و الدین و دفع أموال الیتامی، فموکول إلی محلّها.

الثانیة: حکم القاضی تابع للشهادة

التخطئة و التصویب فی الأحکام الشرعیّة مسألة معروفة و القائلون بالتصویب فیها یقولون إنّ حکم اللّه سبحانه فیما لم یرد فیه نصّ فی الکتاب و السنّة تابع لرأی المجتهد و تشخیصه ما هو المطابق للمعاییر الخاصة و اختاره جماعة من العامة و ذهب أصحابنا إلی التخطئة و علی کلّ تقدیر فلو کان التصویب قولًا فی الأحکام، فلیس قولًا فی الموضوعات، فهی لا تتغیر عمّا هو علیه، بحکم الحاکم أو شهادة الشاهد، فلو کانت العین ملکاً لزید فلا یکون ملکاً واقعاً لعمرو، و

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۳۹۱

إن شهد شهود و حکم علی وفقه القضاة، غایة الأمر یکون الحکم نافذاً ظاهراً.

قال الشیخ: إذا ادُّعی علی رجل عند حاکم، و أقام المدّعی بما یدعیه شاهدین فحکم الحاکم له بشهادتهما کان حکمه تبعاً لشهادتهما، فإن کانا صادقین، کان حکمه صحیحاً فی الظاهر و الباطن سواء کان فی عقد، أو فی رفع عقد، أو فسخ عقد، أو کان مالًا عندنا و عند جماعة. و فیه خلاف «۱» و لأجل ذلک یقول المحقّق: حکم الحاکم یتبع للشهادة فإن کان محقة نفذ الحکم ظاهراً و باطناً و إلّا نفذ ظاهراً. «۲» و علی ضوء ذلک، فلو شهد العدلان، و حکم الحاکم لرجل یعلم هو بعدم استحقاقه، لا یحلّ له التصرّف و إنّما یحلّ التصرف إذا علم بالاستحقاق أو احتمل، کما إذا شهد له شاهدا عدل له بشیء بأنّه ورثه من أبیه، و هو لا یعلم و لکن یحتمل صدقهما، فیحلّ له الأخذ بشهادتهما و حکم القاضی إذا احتاج إلی الحکم.

و الدلیل علی ذلک مضافاً إلی کونه من ضروریات الفقه صحیح هشام عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام أنّه قال: «قال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الایمان، و بعضکم ألحَن بحجّته من بعض، فأیّما رجل قطعتُ له من مال أخیه شیئاً فإنّما

قطعتُ له به قطعة من النار». «۳»

و قوله: «ألحَن» من لحن بمعنى فطن و فهم، و المراد أعرف و أفهم بحجّته من غيره فلو كان واقفاً على بطلان حجّته، فلا يفيده حكمى على وفقها لأنّى مأمور بالظاهر دون الباطن.

و إنّما يكفى احتمال صدق الشاهد، إذا كانت الشهادة سبباً تامّاً لصدور الحكم، أمّا إذا توقف على يمين المدّعى أيضاً كما إذا كان هناك ادّعاء على الميت أو الملحق به، أو كان الشاهد واحداً فلا تحلّ له اليمين إلّا مع العلم بالواقع، فلا

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۷۴.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

يفيده حكم الحاكم لو حلف مع عدم علمه، لما عرفت من أنّ حكمه تابع للشهادة و توابعه و منها اليمين و لا يحقّ له اليمين إلّا مع العلم و قد مرّ الكلام فى هذا فى مبحث القضاء و إنّما أعاد الكلام هنا لأجل بيان حكم الشاهد.

الثالثة: فى حكم تحمّل الشهادة و أدائها

اشارة

المشهور أنّ تحمّل الشهادة فرض فى الجملة و إليك نزراً من كلماتهم:

۱- قال المفيد: و ليس لأحد أن يُدعى إلى شىء ليشهد به أو عليه فيمتنع من الإجابة إلى ذلك إلّا أن يكون حضوره يضرّ بالدين أو بأحد المسلمين ضرراً لا يستحقه فى الحكم فله الامتناع من الحضور. «۱»

۲- قال ابن الجنيد: و لا اختار للشاهد أن يمتنع من الشهادة إذا دُعى إليها و لم يحضر بالمكان من يقوم بها سواه فإن حضر، وسعه أن يتجاحد، فإذا شهد، لم يكن له أن يتأخّر إن دُعى إلى إقامتها إلّا أن يعلم بها حدث. «۲»

۳- قال الشيخ: أمّا التحمّل فإنّه فرض فى الجملة فمن دُعى إلى تحمّلها على نكاح أو بيع أو غيرهما من دين أو عقد لزمه التحمّل لقوله تعالى: (وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) «۳»، و لم يُفرّق (بين التحمل و الأداء) و لقوله تعالى: (وَ لا يُضَارَّ كاتِبٌ وَ لا شَهِيدٌ) ۴ إلى أن قال: فإذا ثبت أنّ التحمّل فرض فى الجملة فإنّه من فروض الكفايات، إذا قام به قوم سقط عن الباقين كالجهاد و الصلاة على الجنائز و ردّ السّلام و قد يتعيّن التحمّل و هو إذا دُعى لتحمّلها على عقد نكاح أو غيره أو على دين و ليس هناك غيره فحينئذ يتعيّن التحمّل عليه ۵.

۴- قال فى النهاية: لا يجوز أن يمتنع الإنسان من الشهادة إذا دُعى إليها

---

(۱) المفيد: المقنعة: ۷۲۸.

(۲) المختلف، كتاب الشهادات: ۱۷۰.

(۳) ۳ و ۴ البقرة: ۲۸۲.

(۴) ۵ الطوسى: المبسوط: ۸/ ۱۸۶.

ليشهد إذا كان من أهلها، إلّا أن يكون حضوره مضرّاً بشىء فى أمر الدين أو بأحد من المسلمين، و إذا حضر فلا يجوز له أن يشهد إلّا

على من يعرفه، فإن أشهد على من لا يعرفه فليشهد بتعريف من يثق إليه من رجلين مسلمين و إذا أقام الشهادة، أقامها كذلك. «۱»

۵- قال سلّار: و لا يجوز أن يمتنع من تحمّل الشهادة إلّا أن يضرّ بالدين أو بأحد من المؤمنين. «۲»

۶- قال ابن البرّاج: لا يجوز لأحد الامتناع من الشهادة، إذا دُعى إليها، إذا كان من أهل الشهادة و العدالة إلّا أن يكون فى حضوره لذلك و شهادته ضرر لشىء يتعلّق بالدين أو فيه مضرّة لأحد المؤمنين. «۳»

۷- و قال المحقّق: إذا دعى من له أهلية التحمّل، وجب عليه و قيل لا يجب، و الأوّل مروى و الوجوب على الكفاية، و لا يتعيّن إلّا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمّل. «۴»

۸- قال العلّامة: و الإقامة بالشهادة واجبة على الكفاية، إلّا مع الضرر غير المستحقّ و كذا التحمل. «۵»

۹- قال الشهيد الثانى: و المروى وجوبه أيضاً على الكفاية كالأداء ثمّ استدل بعموم قوله سبحانه: (وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) (الشامل بعمومه الأمرين أو المختص بالتحمّل) و الأخبار الكثيرة و قال: لأنّه من الأُمور الضرورية التى لا ينفك الإنسان عنها لوقوع الحاجة فى المعاملات و المناكحات فوجب فى حكمه ايجابُ ذلك لتحسم مادة النزاع المترتب على تركه غالباً. «۶»

---

(۱) الطوسى: النهاية: ۳۲۸.

(۲) سلّار: المراسم العلوية: ۲۳۵.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۶۰.

(۴) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۳۷.

(۵) ابن المطهّر: الإرشاد: ۲/ ۱۶۸.

(۶) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۶۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۹۴

۱۰- قال الأردبيلى: و أمّا التحمّل فالمشهور وجوبه أيضاً. «۱»

إلى غير ذلك من الكلمات المتماثلة.

۱۱- قال ابن قدامة: و تحمّل الشهادة و أداؤها فرض على الكفاية لقوله اللّه تعالى: (وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) «۲» و قال تعالى: (وَ لا تَكْتُمُوا الشَّهادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْها فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) ۳ و إنّما خصّ القلب بالإثم لأنّه موضع العلم بها، و لأنّ الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات. ۴

۱۲- خالف ابن إدريس الرأىَ العام للفقهاء و قال: و الذى يقوى فى نفسى أنّه لا يجب التحمّل، و للإنسان أن يمتنع من الشهادة إذا دعى إليها ليتحملها و لا دليل على وجوب ذلك عليه و ما ورد فى ذلك فهو أخبار آحاد فأمّا الاستشهاد بالآية (وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) و الاستدلال بها على وجوب التحمّل فهو ضعيف جدّاً لأنّه تعالى سمّاهم شهداء و نهاهم عن الإباء إذا دُعوا إليها و إنّما يسمى شاهداً بعد تحمّلها فالآية بالأداء أشبه و تفسير الشهداء بالأوْل و المشارفة، مجاز لا يصار إليه. ۵

استدل على الوجوب بوجوه:

۱- قوله سبحانه: (وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) (البقرة/ ۲۸۲)، إمّا بحملها على خصوص التحمّل لصحيح هشام بن سالم ۶ أو بعمومها للتحمّل و الأداء.

و أورد على الاستدلال: بأنّ الآية واردة فى آداب المعاملة، و أكثر ما ورد فيها آداب مستحبة نظير: (وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ) و (لا تَسْئَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلى أَجَلِهِ) و قوله: (وَ أَشْهِدُوا إِذا تَبايَعْتُمْ)، فإنّ الإشهاد فيه مستحب،

---

(۱) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۱۷.

(۲) ۲ و ۳ البقرة: ۲۸۲ و ۲۸۳.

(۳) ۴ ابن قدامة، المغنى، المتن و الشرح: ۱۲/ ۳.

(۴) ۵ ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۲۶.

(۵) ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۲، ص: ۳۹۵

كأصل الكتابة.

يلاحظ عليه: أنّ بعض ما ورد و إن كان من الأُمور المستحبة لكن البعض الآخر من الأُمور الواجبة أو المحظورة نظير: (وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ) فإنّ أصل الكتابة و إن كان مستحباً، لكن إذا كتب كانت رعاية العدل واجبة و قوله: (وَ لْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَ لا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً) و قوله: (وَ لا يُضَارَّ كاتِبٌ وَ لا شَهِيدٌ)، و قوله: (وَ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ) و على هذا لا يكون الاشتمال على الأُمور المستحبة دليلًا على الاستحباب، و على هذا فظاهر النهى، هو الحرمة.

۲- الروايات الواردة على قسمين:

أ: ما يفسر الآية بأنّها راجعة إلى التحمّل و هو أكثرها «۱» و عندئذ يرجع لبّها إلى الاستدلال به.

ب: ما يتعلّق بنفس الموضوع، أعنى:

۱- معتبر داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: «لا يأب الشاهد أن يجيب حين يدعى قبل الكتاب». «۲» و الرواية معتبرة و وجود سهل بن زياد فى السند غير ضائر.

۲- خبر داود بن جرّاح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: «إذا دُعِيتَ إلى الشهادة فأجب». «۳»

و يؤيد ذلك ما مرّ فى كلام الشهيد فى المسالك، أضف إليه بأنّ إيجاب الإشهاد فى الطلاق و الظهار، يناسب إيجاب التحمّل.

استدل من قال باستحبابه بوجهين:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادة، الحديث ۲، ۴، ۵، ۷، ۱۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۶.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۲، ص: ۳۹۶

۱ ورود لفظ لا ينبغى، فى كثير من الروايات. «۱» الظاهر فى الاستحباب.

۲- مرسل محمّد بن حمزة عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: قلت له أو قلنا له، إنّ شريكاً يردّ شهادتنا قال: فقال: لا تُذِّلوا أنفسكم و قال الصدوق فى تفسير الحديث: ليس يريد بذلك النهىَ عن إقامتها لأنّ إقامة الشهادة واجب و إنّما يعنى تحمّلها يقول لا تتحملوا الشهادة فتذلّوا أنفسكم بإقامتها عند من يردّها. «۲»

يلاحظ على الأوّل: أنّه لم يثبت، ظهور لفظة «و لا ينبغى» فى الكراهة، فى عصر صدور الحديث و أصالة عدم النقل، لا يثبت الظهور العرفى الذى هو حجّة إلّا أن يقال بحجّية لوازمها تعبداً، و قال الأردبيلى: فإنّه كثيراً ما يرد بمعنى التحريم. «۳»

و أمّا الثانى: فإنّ عدم وجوب تحملها لأجل عدم ترتب فائدة عليها، لانّ القضاء كان بيد حكّام الجور، و كانوا يرفضون شهادة الشيعة بحجّة أنّهم رَفضَة و فى مثله، لا يجب التحمّل و أين هو ممّا يعلم أنّه تُقبل به و لا تُردّ؟!

و بالجملة، العدول عن الحكم المشهور بين الفريقين إلى غيره، بهذين الوجهين مشكل جدّاً و أنّى أتعجب، عن جنوح صاحب

الجواهر إلى خلاف ما هو المشهور بين الفقهاء مع أنّ مشربه فى الفقه، هو اقتفاء أثر المشهور و رأيه، و المحقّق الأردبيلى، مع ماله المسلك المعروف فى الفقه لم يخالف الرأى العام فى المقام. هذا كلّه حول أصل الوجوب و أمّا كونه كفائياً فلانطباق ملاكه عليه، إذ ليس هنا للمولى أغراض متعددة قائمة بكلّ شخص، بل غرض واحد يحصل بقيام اثنين منهم عليه، و عندئذ يكون وجوب مثله كفائياً فالميزان لكونه عينياً أو كفائياً، تعدد الغرض حسبَ تعدد الموضوع، و وحدته مع تعدده، و الأوّل ملاك

---

(۱) لاحظ الحديث ۲، ۵، ۷، ۹، ۱۰ من الباب ۱ من أبواب الشهادات.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱، ۲.

(۳) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۱۹.

العينية و الثانى ملاك الكفائية، هذا كلّه حول التحمّل.

الكلام حول الأداء

و أمّا الأداء، فلم يختلف فى وجوبه اثنان، لقوله سبحانه: (وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) (البقرة/ ۲۸۳) و قال سبحانه: (وَ مَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللّهِ) (البقرة/ ۱۴۰) بناء على أنّ المراد من قوله: (مِنَ اللّهِ) أى من عباد اللّه، كما هو أحد الوجوه فى تفسير الآية و قد عقد الشيخ الحرّ باباً لوجوب أداء الشهادة و روى عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السَّلام فى حديث النصّ على الرضا أنّه قال: «و إن سُئلت عن الشهادة فأدّها فإنّ اللّه يقول: (إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا)». «۱»

و أمّا قوله سبحانه: (وَ لَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) فهو بظاهره راجع إلى الأداء لأنّ الموضوع لتحريم الإباء عن الحضور، هو الشاهد و هو فرع تلبّسه بالشهادة قبل الدعوة فيكون راجعاً بظاهره إلى مقام الأداء لكن الإمعان فى مجموع الآية الّتى هى أطول آية فى القرآن يعرب عن أنّ المقصود هو التحمل لا ـ الأداء، و ذلك لأنّه سبحانه حينما يأمر بكتابة الدين أوّلًا و الاستشهاد عليه برجلين أو رجل و امرأتين ثانياً، ينهى المؤمنين عن الإباء عند الدعوة، ثمّ يرجع فيأمر بكتابة الجليل و الحقير، و أنّه لا بأس بعدم الكتابة فيما يديرونها بينهم من معاملة حاضرة، أى نقداً يداً بيد لا نسيئة، فعلى هذا فالنهى عن الإباء، أثناء البحث عن آداب الدين و المعاملة، يعرب عن كونه راجعاً إلى حين المعاملة لا بعدها. و لذلك ورد عنهم فى غير واحد من الروايات أنّ قوله: (وَ لَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ)، راجع إلى قبل الشهادة، و قوله: (وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) إلى بعد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۵. و الآية ۵۸ من سورة النساء.

الشهادة.

و أمّا وجوبه مطلقاً أو إذا ما تحمّلها باستدعاء من ذى الحقّ، فقد مرّ الكلام فى صدر كتاب الشهادة كما علم ممّا سبق كون وجوبه كفائياً لوحدة الغرض، الحاصل بأداء اثنين من الشهداء، و ربّما يتعيّن إذا مات الآخرون أو غابوا و امتنعوا من الأداء شأن كلّ واجب كفائى، نعم وجوب التحمّل و الأداء مقيّد بعدم ترتّب ضرر دينى أو دنيوى غير مستحقّ عليهما، كما إذا كان الشاهد مديناً على المشهود عليه فيسامحه فى الطلب، و لو شهد تحمّلًا أو أداء يطالب دينه المعجّل فليس مثل هذا عذراً لأنّه ضرر مستحقّو ليس بمستحقّ. و لو توقف التحمّل أو الأداء على صرف مال، فلا يجب إلّا إذا بذل المشهود له، و مع ذلك كلّه لم يطلب منه وقتاً كثيراً لا يبذل عادة فى هذه الأُمور. و بعبارة أُخرى كان الطلب أمراً متعارفاً عندهم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۳۹۹

المقصد الرابع فى الشهادة على الشهادة

اشارة

إنّ عنوان البحث غنيّ عن التعريف، و الشـهادة الثانية شـهادة فرعية كما أنّ الأُولى أصـلية و لا دور للفرع إلّا سماعها عن الأصل، و هى جائزة نافذة كتاباً و سنّة و إجماعاً.

أمّا الأوّل فلقوله سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲) و لم يفصل و ظهوره فى الشهادة الأُولى بدئى يزول بالتأمل و مثله قوله سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و أمّا السنّة فإنّ الأسئلة و الأجوبة، الواردة حول الموضوع تعرب عن كون الحكم (جواز الشـهادة على الشـهادة) كـان أمراً مسـلّماً، و كان الكلام فى الخصوصـيات و سوف يوافيك بعض النصوص، و أمّا الإجماع فهو واضح لمن سبر الكلمات، فنذكر منها النزر اليسير:

۱- قال المفيد: و لا يجوز لأحد أن يشـهد على شـهادة غيره إلّا أن يكون عدلًا مرضـياً و إذا شـهد فليذكر شهادته على غيره و لا يقول: «اشهد على فلان بكذا» من غير أن يبين كيف شهد، و على أيّ وجه كانت الشهادة. «۱»

۲- قال الشيخ: الشهادة على الشهادة جائزة لقوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) و لم يفصل. «۲»

۳- و قال أبو الصلاح: و لا تجوز الشهادة على شهادة من ليس بعدل فى

---

(۱) المفيد: المقنعة: ۸۲۸.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۳۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۰

الحقيقة، و لا حكم لشهادة الواحد على شهادة الواحد، و يحكم بشهادة الاثنين على شهادة الواحد و يقوم شهادتهما مقام شهادته. «۱»

إلى غير ذلـك من الكلمـات المتماثلـة حيث إنّ البحث فى الجميع مركّز على الخصوصيات دون الأصل و إليك أحكامها و النظر فى أُمور أربعة:

۱- المحلّ، ۲ العدد، ۳ فى كيفية التحمّل، ۴ فى شرط الحكم بها.

و إليك الكلام فيها واحداً تلو الآخر.

الأوّل: المحلّ

يثبت بالشـهادة على الشـهادة، كلّ شـىء إلّا الحـدود، سواء كانت للّه محضاً كحـدّ الزنا و اللواط و السـحق أو مشتركـة كحدّ السـرقة و القذف.

قال الشـيخ: الحقّ إمّا أن يكون للّه أو للآدميين، فإن كان لآدمى ثبت بالشـهادة على الشـهادة سواء كان الحقّ ممّا لا يثبت إلّا بشاهـدين كالنكاح و الخلع و الطلاق و الرجعة و القـذف و النسب، و القصاص و الكتابـة أو مما يثبت بشاهـدين، أو شاهد و امرأتين أو شاهد و يمين، و هو مـا كـان مالًا أو المقصود منه المـال أو كـان ممّا يثبت بالنساء وحـدهنّ، و هو ممّا لا يطّلع عليه الرجال كالولادة و الرضاع عندهم، و العيوب تحت الثياب و الاستهلال. قال بعضهم: لا يثبت بالشهادة على الشهادة.

و إن كان حقّاً للّه و هو حدّ الزنا و اللواط و القطع فى السرقة و شرب الخمر، قال قوم: لا يثبت بالشهادة على الشهادة و هو مذهبنا و قال

بعضهم یثبت. «۲»

لا ـ خلاف بیننا فی عدم ثبوت الحدّ المختصّ باللّه، بهذا النوع من الشهادة و إنّما الاختلاف فی الحدّ المشترک بینه سبحانه و بین الآدمی کالقذف و السرقة و

---

(۱) الحلبی: الکافی: ۴۳۸.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۳۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۰۱

لأجل ذلک یقول المحقّق: و فی حدّ السرقة و القذف خلاف. «۱» و مثله العلّامة فی الإرشاد. «۲»

و قال الأردبیلی: و فی حدّ القذف و السرقة خلاف، کأنّه للشک فی کونه من حقوق اللّه المحضة، أم للآدمی فیه مدخل. الظاهر هو الأخیر و لهذا یسقط بإسقاطه. «۳» و نسب القول بثبوتهما بها إلی الشیخ فی المبسوط و ابن حمزة فی الوسیلة، و قد عرفت کلام الشیخ حیث صرّح بعدم ثبوت حدّ السرقة بها، و لم أعثر علیه فی الوسیلة نعم قال الشهید الثانی: إنّ الأخذ بالعموم (عموم دلیل حجّیة الشهادة علی الشهادة) أجود لعدم دلیل صالح للتخصیص فیها و هو اختیار الشهید فی الشرح.

و المخصص عبارة عن خبرین معتبرین أحدهما لطلحة بن زید عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام عن أبیه عن علی علیه السَّلام أنّه کان لا یجیز شهادة علی شهادة فی حدّ. «۴» و ثانیهما موثقة غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه علیهما السَّلام قال: «قال علی علیه السَّلام: لا تجوز شهادة علی شهادة فی حد». ۵ و الضعف منجبر بالعمل، و یؤیده درء الحد بالشبهة، لکن الاستثناء دلیل علی ثبوت کلّ شیء، حتّی حقوق اللّه من غیر الحدّ، کالزکاة و أوقاف المساجد، و الجهات العامة و الأهلة. و قد عبر المحقّق عن المستثنی منه بحقوق الناس، و هو لا یشمل حقوق اللّه غیر الحدّ، کما لا یشمل مثل الأهلة و لمّا کان ظاهر کلام المحقّق خروج بعض الحقوق للّه استدرکه الشهید الثانی و قال: قد یتوهم خروج ما کان حقّاً للّه تعالی و لیس حقاً للآدمی و إن لم یکن حدّاً و هذا لیس بمراد بل الضابطة ما ذکرناه.

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۳۸.

(۲) ابن المطهر: الإرشاد: ۲/ ۱۶۴.

(۳) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۷۶.

(۴) ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۲ و طلحة بن زید و إن لم یوثق لکن الشیخ قال فی الفهرست کتابه معتمد، و غیاث بن إبراهیم التمیمی الأسدی وثّقه النجاشی فما فی الجواهر فی التعبیر بالخبرین لا یخلو من مسامحة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۰۲

و علی ذلک، ربّما یثبت بعض الآثار دون البعض إذا قامت علی کراهة المزنیّ بها فیثبت المهر، دون الحدّ، أو علی إیقاب الغلام، فتحرم أم الموطوء و أُخته، و بنته دون الحد و هکذا. و التفکیک بین اللوازم لیس بمشکل، لأنّ التلازم إذا کان تکوینیاً، یمتنع التفکیک و أمّا إذا کان بالجعل و الاعتبار فلا مانع منه و لأجل ذلک، لو توضّأ بأحد الإنائین المشتبهین، یحکم بطهارة البدن و بقاء الحدث، مع أنّه لو کان الماء طاهراً یلزم رفع الحدث أیضاً و إلّا تلزم نجاسة الأعضاء. و لکنّه سهل لأنّ الملازمة اعتباریة.

و یلحق بالحدّ، التعزیرُ فلو قامت علی أمر لو ثبت لوجب التعزیر فلا یثبت إلحاقاً بالحدّ. و فیه تأمّل لأنّ مقتضی العموم ثبوته و الخارج هو الحدّ، و إطلاقه علی التعزیر مجاز لا یصار إلیه إلّا بالدلیل و الدرء مختص بالحدّ.

الثانی: العدد

إنّ المشهود به فی الشهادة علی الشهادة، هو شهادة الأصل، فالمشهور أنّه لا بدّ من إثباته بشاهدین عدلین، و ذلک لأنّ الأصل فی الشهادة، هو شهادة عدلین أو ما یقوم مقامه من العدل الواحد و الامرأتین.

نعم تختصّ شهادة النساء علی الشهادة فیما تقبل شهادتهن فیه لا مطلقاً و إلّا تلزم زیادة الفرع علی الأصل.

قال الشیخ: لا تقبل شهادة النساء علی الشهادة إلّا فی الدیون و الأملاک و العقود فأمّا الحدود فلا یجوز أن تقبل فیها شهادة علی شهادة و قال قوم: لا- تقبل شهادة النساء علی الشهادة بحال فی جمیع الأشیاء و به قال الشافعی، و قال أبو حنیفة: إن کان الحقّ مما یثبت بشهادة النساء أو لهنّ مدخل فیه، قبلت شهادتهنّ علی الشهادة و إن کان ممّا لا مدخل لهنّ فیه لم یقبل. دلیلنا إجماع الفرقة

و أخبارهم. «۱»

و قال السیّد الأُستاذ: لا تقبل شهادة النساء علی الشهادة فیما لا تقبل فیها شهادتهنّ منفردات أو منضمّات، فهل تقبل شهادتهن کذلک فیه؟ قولان، أشبههما المنع. «۲»

و یمکن الاستدلال علی المنع بالأُمور التالیة:

۱- الضابطة: الأصل فی الشهادة، شهادة الرجل، دون غیره، یُعلم ذلک من تحدید شهادة المرأة دون غیرها، و کثرة السؤال عن شهادتها فی موارد خاصة، کلّ ذلک یعبِّر عن أنّ الضابطة، هو شهادة الرجل.

یلاحظ علیه: أنّه إذا کانت شهادة المرأة حجّة فی حقوق الناس فلا مانع من قبولها فی الشهادة علی الشهادة إذا کانت فی طریقها، إلّا أن یقال إنّ حجّیتها مختصّة بما إذا کان الحقّ هو المشهود به بالمباشرة دون الشهادة علی الحقّ.

۲- معتبر طلحة بن زید عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام عن أبیه عن علی علیه السَّلام أنّه کان لا یجیز شهادة رجل علی رجل إلّا شهادة رجلین علی رجل. «۳»

۳- موثق غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمّد عن أبیه علیهما السَّلام أنّ علیّاً علیه السَّلام کان لا یجیز شهادة رجل علی شهادة رجل إلّا شهادة رجلین علی شهادة رجل. ۴

یلاحظ علیه: أنّ الروایتین بصدد بیان شرطیة التعدد، لا شرطیة الرجولیة.

۴- مرسلة الصدوق التی لا تقصر عن مسندها بقوله: (و قال الصادق): «إذا شهد رجل علی شهادة رجل فإنّ شهادته تقبل، و هی نصف شهادة، و إن شهد رجلان عدلان علی شهادة رجل فقد ثبتت شهادة رجل واحد». ۵

---

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات: ۶۶.

(۲) الإمام الخمینی قدس سره: التحریر: ۲، کتاب الشهادات: ۲/ ۴۰۶.

(۳) ۳- ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲ و ۴ و ۵.

یلاحظ علیه: مع أنّه لیس فیها حصر، إنّ الروایة بصدد بیان أنّ شهادة رجل علی رجل لا یثبت شهادته إلّا إذا ضمّت إلیها شهادة رجل آخر، حتی یثبت شهادة الأصل أی الرجل الواحد، و لیست بصدد شرطیة الذکورة فالروایة فاقدة للدلالة.

و علی أیّ تقدیر، یثبت الأصل بالطرق التالیة:

۱- أن یشهد فرعان علی شهادة أحد الأصلین، و فرعان آخران علی شهادة الأصل الآخر فیکون الفرع أربعة.

۲- أن يشهد فرعان على شهادة كلّ من الأصلين، فيكون الفرع اثنين.

۳- أن يشهد أحد الأصلين مع الفرع، على شهادة أحد الأصلين إذ كونه شاهدَ أصل لا ينافى كونه مع ذلك شاهد فرع.

۴- إذا كان المشهود به أربعة كشهود الزنا، أو كان أحد الأصلين رجلًا، و الآخر امرأتين فيما تقبل، أو أربع نسوة فيما تقبل شهادتهنّ، ففى الجميع تجوز شهادة رجلين.

إلى غير ذلك من الصور، و الدليل على جواز شهادتهما، هو إطلاق حجّية شهادة العدلين، أمّا المعتبران فيصحّ الاحتجاج بإطلاقهما فى بعض أى فيما إذا كان المشهود شهادة الرجل كما فى الصور الثلاث الأُولى، لا فيما إذا كان المشهود، هو شهادة المرأتين كما فى بعض أقسام الصورة الرابعة.

نعم حكى الخلاف عن الشافعى. قال الشيخ: إذا شهد شاهدان على شهادة رجل، ثمّ شهدا هما على شهادة الآخر، فإنّه تثبت شهادة الأوّل بلا خلاف، و عندنا تثبت شهادة الثانى أيضاً، و به قال أبو حنيفة و أصحابه و الثورى و مالك، و ربيعة، و أحد قولى الشافعى الصحيح عندهم. و القول الثانى أنّه لا يثبت حتى يشهد آخران على شهادة الآخر، و هو اختيار المزنى. دليلنا الأخبار التى وردت بأنّ شهادة الأصل لا تثبت إلّا بشاهدين، و الشاهدان قد ثبتا فى كلّ

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۵

واحد من الشاهدين. «۱» و مقصوده شمول إطلاق الروايات لهذا المورد.

نعم ربّما يشكل على الصورة الثانية بأنّه يلزم أن يكون الأصل فرعاً و يدفع بأنّ الحيثيتين مختلفتان فهو من جهة أصل، و من جهة أُخرى فرع.

ثمّ إنّ نشر الحرمة و المهر من آثار الزنا فيشترط فى الأصل شهادة أربعة رجال و أمّا الفرع ففيه وجهان من أنّه نائب عن الأصل فيشترط فيه الأربعة، و من أنّه لا يثبت به إلّا نفس الشهادة فيكفى فيه اثنان و بعبارة أُخرى يثبت بها شهادة الأربعة على الزنا، لا نفس الزنا حتى يعتبر فيه ما يعتبر فيه.

الثالث: التحمل

المراد كيفية تحمّل الشهادة على الشهادة حتى يصير شاهد الفرع متحمّلًا بشهادة شاهد الأصل و ذكروا لها صوراً أربع: و إليك نصّ الشيخ:

أحدها: الاسترعاء، و هو أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد أنّ لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، فاشهد على شهادتى فهذا هو الاسترعاء.

الثانى: أن يَسمع شاهد الفرع شهادة شاهدَ الأصل يشهد بالحقّ عند الحاكم فإذا سمعه يشهد به عند الحاكم، صار متحمّلًا لشهادته.

الثالث: أن يشهد الأصل بالحقّ و يعزّيه إلى سبب وجوبه، فيقول أشهد أنّ لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم من ثمن ثوب أو عبد أو دار أو ضمان أو دين أو إتلاف و نحو هذا، فإذا عزّاه إلى سبب وجوبه، صار متحمّلًا للشهادة.

الرابع: إذا لم يكن هناك استرعاء و لا سمعه يشهد به عند الحاكم، و لا عزّاه

---

(۱) الطوسى: الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۷۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۶

إلى سبب وجوبه مثل أن سمعه يقول: أشهد أنّ لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم.

ثمّ إنّ الشيخ يردّ تلك الشهادة فى الصورة الرابعة و يقول إنّه لا يصير بهذا متحمّلًا للشهادة على شهادته لأنّ قوله: «اشهد بذلك» ينقسم

إلى الشهادة بالحقّ و يحتمل العلم به على وجه لا يشهد به، و هو أن يسمع الناس يقولون لفلان على فلان كذا و كذا و حينئذ يقف التحمل بهذا الاحتمال. نعم إذا استرعاه أو شهد به عند الحاكم أو عزّاه إلى سبب وجوبه زال الإشكال.«۱»

و حاصل كلامه وجود الفرق بين الثالثة و الرابعة بأنّه إذا ذكر السبب مثلًا من كونه ثمناً لثوب أو عقار يكون شهادة عرفاً فتندرج فى الشهادة على الشهادة و أمّا إذا لم يذكر السبب فلا يقبل لاعتياد التسامح بأمثال ذلك فى غير مجلس الحاكم و لعلّه وعده أن يعطيه شيئاً فعدّه ديناً و شهد به.

و قال المحقّق: و فى الفرق إشكال لأنّه يحتمل فى الصورة الثالثة أن يكون السبب عند الشاهد مما لا يثبت به عند الحاكم.

و الأولى القبول مطلقاً، لأنّ أصالة الصحّة فى شهادة الأصل، و عدالته، يصدّنا عن إبداء هذه الاحتمالات و الأولى الحكم بالشهادة على الشهادة إذا تحملها على أحد الوجوه الأربعة ما لم يعلم الخلاف.

و أمّا التعبير عن كيفية التحمل، فيجب أن يكون تعبيره عنها وفق الواقع.

ففى صورة الاسترعاء يقول: أشهدنى فلان على شهادته.

و فى صورة سماعه عند الحاكم يقول: أشهد أنّ فلاناً شهد عند الحاكم بكذا.

و فى صورة سماعه لا عند الحاكم يقول: إنّ فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۳۲۲۳۱، بتصرف يسير لإيضاح المقصود.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۷

لسبب كذا.

و فى الرابعة يقول نفس ما يقول فى الصورة الثالثة بلا ذكر السبب.

الرابع: فى شرط الحكم بها

اشارة

ذكر الأصحاب شروطاً فى صحّة الحكم بالشهادة على الشهادة نذكر منها ما يلى:

الشرط الأوّل: عدم التمكّن من حضور الأصل

اشارة

ذهب بعض الأصحاب إلى أنّ من شرائط الحكم بالشهادة على الشهادة عدم التمكّن من حضور الأصل.

۱- قال الشيخ: الظاهر من المذهب أنّه لا تقبل شهادة الفرع مع تمكّن حضور شاهد الأصل، و إنّما يجوز ذلك مع تعذّره إمّا بالموت أو بالمرض المانع من الحضور أو الغيبة و به قال الفقهاء إلّا أنّهم اختلفوا فى حدّ الغيبة فقال أبو حنيفة: ما تُقصّر فيه الصلاة و هو ثلاثة أيّام، و قال أبو يوسف: هو ما لا يمكنه أن يحضر معه و يقيم الشهادة و يعود فيبيت فى منزله، و قال الشافعى: الاعتبار بالمشقة، فإن كان عليه مشقّة فى الحضور حكم بشهادة الفرع، و إن لم تكن مشقّة لم يحكم، و المشقة قريب ممّا قاله أبو يوسف، و فى أصحابنا من قال يجوز أن يحكم بذلك مع الإمكان.«۱»

۲- و قال فى المبسوط: لا يُقضى بشهادة الفرع حتى يتعذّر على الأصل إقامتها، فأمّا إن كان شاهدُ الأصل موجوداً قادراً على أداء شهادة نفسه، فالحاكم لا يقضى بشاهد الفرع إلى أن قال: فأمّا إن تعذّرت شهادة الأصل بأن مات

---

(۱) الطوسى: الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۸

الأصل سُمِع من الفرع و قُضى بشهادته و إن مرض الأصل فكذلك أيضاً لأنّ على الأصل مشقة فى الحضور. «۱»

۳- و قال ابن الجنيد: و لا بأس بإقامتها و إن كان المشهود على شهادته حاضرَ البلد أو غائباً إذا كانت له علّة تمنعه من الحضور للقيام بها. و قال العلّامة بعد نقل كلامه هذا: و هو يشعر باشتراط عذر الأصل. «۲»

۴- و قال ابن البرّاج: و تجوز الشهادة على شهادة و إن كان الشاهد الأوّل حاضراً غير غائب إذا منعه مانع من إقامته الشهادة من مرض أو غيره. «۳»

۵- و قال ابن حمزة: و لا تُسمَع الشهادة من الفرع مع حضور الأصل، فإذا غاب الأصل أو كان فى حكم الغائب جاز، و هو إذا كان مريضاً أو ممنوعاً أو تعذر عليه الحضور. «۴»

۶- و قال ابن إدريس: و لا بأس بالشهادة على الشهادة و إن كان الشاهد الأوّل حاضراً غير غائب إذا منعه من إقامة الشهادة مانع من مرض أو نحوه. «۵»

۷- و قال المحقّق: و لا تقبل شهادة الفرع إلّا عند تعذّر حضور شاهد الأصل و يتحقق العذر بالمرض و ما ماثله و بالغيبة و لا تقدير لها و ضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل فى حضوره. «۶»

۸- و قال العلّامة: و لا تُسمع شهادة الفرع إلّا عند تعذر شاهد الأصل إمّا لمرض أو غيبة و الضابطة المشقة. «۷»

۹- و قال الكيدرى: و تثبت شهادة الأصل بشهادة عدلين و تقوم مقامها

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸، كتاب الشهادات: ۲۳۲.

(۲) ابن المطهر: المختلف، كتاب الشهادات: ۱۷۱.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۶۱.

(۴) ابن حمزة: الوسيلة: ۲۲۳.

(۵) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۳.

(۶) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۲۴.

(۷) ابن المطهر: الإرشاد: ۲/ ۱۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۰۹

إذا تعذر حضور الأصل لموت أو مرض أو سفر. «۱»

۱۰ و قال السيّد الأُستاذ: الأقوى عدم قبول شهادة الفرع إلّا لعذر يمنع حضور شاهد الأصل لإقامتها لمرض أو مشقة يسقط بهما وجوب حضوره أو لغيبة كان الحضور معها حرجاً و مشقة و من المنع، الحبس المانع عن الحضور. «۲»

ثمّ إنّه يظهر من كتاب الخلاف وجود الخلاف بين الأصحاب حيث قال: و من أصحابنا من يقول يجوز أن يحكم بذلك مع الإمكان، و حاصل ما يمكن أن يستدل للقول بالجواز، أمران مستفادان من كتاب الخلاف.

۱- إنّ الأصل قبول الشهادة على الشهادة و تخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه يحتاج إلى دليل.

۲- روى أصحابنا أنّه إذا اجتمع شاهد الأصل و شاهد الفرع و اختلفا فإنّه تقبل شهادة أعدلهما حتى أنّ فى أصحابنا من قال: تقبل شهادة الفرع و تسقط شهادة الأصل لأنّه يصير الأصل مدّعى عليه، و الفرع بيّنة المدّعى للشهادة على الأصل.

و لم يذكر الشيخ اسم القائل بالجواز، و نقل فى الجواهر عن الدروس أنّه نسبه إلى الإسكافى فإن أُريد منه ابن الجنيد فقد عرفت أنّه موافق للمشهور، و نسبه المحقق الأردبيلى إلى والد الصدوق «۳» و ليس فيما نقله العلّامة عنه فى المختلف «۴» ما يدل على ذلك سوى عنوان المسألة الآتية من إنكار الأصل شهادة الفرع، و قد عنونه غيره أيضاً كما سيوافيك و ممن نفى الاشتراط، الفاضل الاصبهانى فى كشف اللثام حيث قال: الأقوى عدم الاشتراط. «۵»

ثمّ إنّه استدل للقول المشهور بما رواه الشيخ بسند صحيح عن ذبيان بن

---

(۱) الكيدرى: إصباح الشيعة: ۵۳۱.

(۲) الإمام الخمينى قدس سره: التحرير: ۲/ ۴۰۶.

(۳) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۸۱.

(۴) ابن المطهر: المختلف، كتاب الشهادات، ۱۷۱.

(۵) الفاضل الاصبهانى، كشف اللثام: ۲/ ۲۰۵.

حكيم الأزدى المهمل فى الرجال و لكن ليس بقليل الرواية عن موسى بن اكيل النميرى الثقة، عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السَّلام فى الشهادة على شهادة الرجل و هو بالحضرة فى البلد قال: «نعم و لو كان خُلف سارية «۱» يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّة تمنعه عن أن يحضره و يُقيمها فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته». «۲»

و أورد المحقق الأردبيلى على الاستدلال: بأنّ الرواية غير صحيحة، و الشهرة ليست بحجّة، مع وجود المخالف مثل على بن بابويه، فإنّه يقبل الفرع مع إمكان الأصل و هو مقتضى عموم أدلّة قبول الشهادة أصلًا و فرعاً و المخصص يحتاج إلى الدليل فتأمل. «۳»

أقول: مقتضى القاعدة هو الحجّية سواء كان الأصل حاضراً أو غائباً و ذلك لإطلاق دليل حجّية البيّنة و إطلاق الخبرين المعتبرين أى طلحة بن زيد، و غياث بن إبراهيم و التخصيص يحتاج إلى دليل.

و لكن رواية محمّد بن مسلم صالحة للاحتجاج إذ ليس فى سندها من هو محكوم بالضعف، و إنّما الموجود من هو محكوم بالإهمال فى الرجال من حيث التوثيق و عدمه و لكن القرائن تدل على الوثوق به أو بروايته و ذلك لرواية المشايخ عنه كمحمّد بن الحسين بن أبى الخطاب فى المقام و فى غير واحد من أبواب الفقه كباب الوكالات، و آداب الحكّام، و البيّنات و فضل المساجد، و باب تلقين المحتضر، و رواية أحمد بن الحسن بن فضال عن أبيه عنه، و رواية أحمد ابن الحسين بن عبد الملك الأزدى عنه، إلى غيرهم من المشايخ.

قال المحقّق الخوئى: ذكره النجاشى فى ترجمة أحمد بن يحيى بن حكيم و

---

(۱) السارية مؤنث السارى: الجماعة من القوم تسرى بالليل.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

(۳) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۸۱.

ظاهر كلامه أنّ ذبيان كان من المعاريف المشهورين. نعم ذكر ابن الغضائرى أنّ أمره مختلط و قد وقع بعنوان ذبيان بن حكيم فى

أسناد الروايات تبلغ ستة عشر مورداً ثمّ ذكر مواضع رواياته. «۱»

هذا من جانب و من جانب آخر، أنّ المشهور عمل بهذه الروايهٔ و أفتى على وفقها، و احتمال انّ الافتاء على وفقها لأجل كونها موافقهٔ للاحتياط كما ترى، لانّ الاحتياط ربّما يكون فى جانب المخالف كما إذا احتمل انّه إذا لم يقبل الفرع حاليّاً ربّما، لا يتمكن المدّعى فى المستقبل لا ـ من الأصل و لا من الفرع، فصيانهٔ الحقوق توجب القبول فى بدء الأمر من دون تفحص عن إمكان حضور الأصل و عدمه.

و أمّا الاستدلال على عدم الاشتراط بما ورد فى الفتاوى و الروايات من أنّه إذا اختلف الأصل و الفرع، فيؤخذ بقول الأعدل منهما «۲» فسيوافيك الكلام فيه فى التالى.

لو شهد الفرعُ، فأنكر الأصلُ

لو شهد شاهدُ الفرع على شهادهٔ الأصل، لكن أنكر الأصلُ شهادتَه فمقتضى القاعدهٔ بعد الاعتراف بأنّه لا يحتجُّ بالفرع إلّا مع عدم حضور الأصل هو أنّه لو حضر قبل الحكم و أنكر، لغتِ شهادهٔ الفرع لعدم تحقّق الشرط بحضوره حتى لو قيل إنّ الحضور غير ضائر لكنّه مع الإنكار ضائر قطعاً، و إن حضر بعده لا عبرهٔ بالإنكار، بعد صدور الحكم، لأنّ الحكم لا ينقض إلّا بالعلم بالفساد، و لا علم به، لاحتمال صدق الفرع، أو نسيان الأصل أو غيرهما من الأعذار.

هذا هو مقتضى القاعدهٔ لكن الأصحاب ذهبوا إلى أنّه تقبل شهادهٔ أعدلهما و هم بين مطلق، و مقيّدها بما بعد الحكم و إلّا فلو كان قبله، سمع من الأصل

---

(۱) السيّد الخوئى، معجم رجال الحديث: ۷/ ۱۴۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۱۲

لا من الفرع.

و إليك من أطلق:

۱- قال الصدوق: و إذا حضرا فشهد أحدهما على شهادهٔ الآخر، و أنكر صاحبُه أن يكونَ أشهده على شهادته فإنّه يقبل قول أعدلهما. و فى رسالهٔ والده نفس النصّ بزيادهٔ قوله: فإن استويا فى العدالهٔ بطلت. «۱»

۲- قال الشيخ فى النهايهٔ: و من شهد على شهادهٔ آخر و أنكر ذلك، الشاهدُ الأوّل قبلت شهادهٔ أعدلهما فإن كانت عدالتُهما سواءً طرحت شهادهٔ الشاهد الثانى. «۲»

۳- و قال القاضى: و إذا شهد إنسان على شهادهٔ آخر و أنكر الشهادهٔ، الشاهدُ الأوّل، قبلت شهادهٔ أعدلهما فإن تساووا فى العدالهٔ طرحتْ شهادهٔ الثانى. «۳»

و الحجّهٔ لهم صحيحهٔ عبد اللّه بن سنان عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل شهد على شهادهٔ رجل فجاء الرجل فقال: إنّى لم أشهده، قال: «تجوز شهادهٔ أعدلهما، و إن كانت عدالتهما واحدهٔ لم تجز شهادته». «۴» و رواه أبان بن عثمان عن عبد الرحمن المذكور أيضاً لكن بحذف الذيل أعنى: «و إن كانت عدالتهما واحدهٔ لم تجز شهادهٔ أعدلهما». ۵ و على هذا فهما روايهٔ واحدهٔ و إنّما تختلفان فى الراوى عن «عبد الرحمن».

و رواه يونس عن عبد اللّه بن سنان عن الإمام الصادق بلا واسطهٔ، و يحتمل

---

(۱) الصدوق: المقنع: ۳۹۹.

(۲) الطوسی: النهایة: ۳۲۹ و المراد من الثانی فی عبارته هو الفرع.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۲۰۱.

(۴) ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱، ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۱۳

سقوط الواسطة (عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه)، کما یحتمل سماع ابن سنان عن الإمام مباشرة أیضاً. «۱»

غیر أنّ الإفتاء بظاهره ینافی ما سبق من شرطیة عدم حضور الأصل لجواز شهادة الفرع.

و لهذه الملاحظة نجد من الأصحاب من یُقیّدها بما بعدَ الحکم، و أنّ الحضور قبل الحکم یبطل شهادة الفرع نعم لو شهد و لم یکن الأصل حاضراً و حکم الحاکم ثمّ جاء الأصل و أنکر، فیؤخذ بقول الأعدل، و إلّا فیطرحْ شهادة الفرع و قد حمل الروایة علی هذه الصورة لفیف منهم:

ابن حمزة فی الوسیلة قال: و إذا شهد الفرع ثمّ حضر الأصل، لم یخل من وجهین إمّا حکم الحاکم بشهادة الفرع أو لم یحکم، فإن حکم و صدّقه الأصل، و کان عدلًا نفذ حکمه، و إن کذبه و تساویا فی العدالة نقض الحکم و إن تفاوتا أخذ بقول أعدلهما و إن لم یحکم بقوله، سمع من الأصل و حکم به. «۲»

و منهم العلّامة فی المختلف قال: تحمل الروایة علی ما إذا أنکر بعد الحکم فإنّه لا یقدح فی الحکم حینئذ بشهادة أعدلهما اعتباراً بقوة الظن أمّا قبل الحکم فإنّ شهادة الفرع تبطل قطعاً. «۳» و بذلک جمع بین القول بشرطیة عدم الحضور، فی الاحتجاج بالفرع، و القول بالأخذ بأعدلهما من الفرع و الأصل، و ذلک بحمل ما دلّ علی الاشتراط علی ما قبل الحکم، و حمل ما دلّ علی الأخذ بالأعدل کما فی صحیحة عبد الرحمن، علی صورة صدور الحکم.

یلاحظ علیه مضافاً إلی أنّه جمع بلا شاهد أنّه لو صدر الحکمُ حینما کانت شهادة الفرع جامعة للشرط، فلا ینقض الحکم بتکذیب الأصل لأنّ نقض

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳.

(۲) ابن حمزة: الوسیلة: ۲۳۴.

(۳) ابن المطهّر: المختلف: ۱۷۱، کتاب الشهادات.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۱۴

الحکم منحصر بصورة العلم بالفساد، و لا علم و قد صرح المحقّق أیضاً بأنّه لو حکم بشهادة الفرع ثمّ حضر الأصل لم تقدح مخالفته.

ثمّ إنّ المحقّق حمل الروایة علی ما قبل الحکم، لکن فسر الروایة بما إذا قال الأصل «لا أعلم» لا إذا کذّب الفرع.

یلاحظ علیه مضافاً إلی أنّ صریح الصحیحة هو التکذیب لا عدم العلم حیث ورد فیها أنّ الأصل قال: «لما شهده» أنّ الإشکال الذی أشار إلیه نفس المحقّق قبل هذا التأویل و قال: «و هو یشکل بما أنّ الشرط فی قبول الفرع عدم حضور الأصل» باق بحاله.

و هناک وجه ثالث أشار إلیه صاحب الجواهر و هو حمل ما دلّ علی عدم التمکّن من الحضور علی ما قبل الشهادة، فلو تمکن من الحضور قبل الشهادة، لما صحّت شهادة الفرع و لکن لو شهد جامعاً للشرائط بأن کان الأصل خارجاً عن البلد، ثمّ حضر فلا یضرّ لأنّ القدر المتیقن من روایة محمّد بن مسلم الدالة علی عدم التمکن من الأصل، هو عدم حضوره قبل الشهادة، و إلّا فلو تعسّر الحضور و شهد فبما أنّ الشهادة جامعة للشرط فلا یضرّه الحضور بعدها و بهذا فسرت روایة محمّد بن مسلم.

و أمّا صحیحة عبد الرحمن، فتحمل علی ما إذا حضر بعد الشهادة التی کانت جامعة للشرط، و أنکر قبل صدور الحکم، ففی هذه

الظروف يؤخذ بأعدلهما و إن كانا متساويين لا يؤخذ بقول الفرع.

نعم لو حضر و كذب بعد صدور الحكم، فالحكم لا ينقض و لا تسع قول الأصل.

و إلى ما ذكرنا يشير صاحب الجواهر و يقول: و أمّا معارضة ما دلّ على اشتراط عدم حضور الأصل فعلى فرض كون الرجحان ينبغى الاقتصار فيه على مقدار المعارضة لا أزيد و هو ما إذا كان قبل إقامة الشهادة و أمّا بعدها فليس فى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۱۵

تلك الأدلة ما يقتضى اشتراطها أيضاً بعدم حضور الأصل بل ظاهر دليل الشرطية القبول حينئذ فيبقى الخبران حينئذ سالمين عن التعارض فيعمل بمضمونهما. «۱»

حضور الأصل بعد الحكم بالفرع

لو حضر شاهد الأصل بعد الحكم لم يقدح فى الحكم وافقا أو خالفا لأنّه حكم صدر على وفق الموازين فلا ينقض بلا خلاف إنّما الكلام إذا حضر قبل الحكم. و بعد الشهادة قال المحقّق: «سقط اعتبار الفرع و بقى الحكم لشاهد الأصل» و لكن الصحيح على ما ذكرنا أن يقال: إن حضر و خالفا، يؤخذ بأعدلهما حسب ما ورد فى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه، و إن حضر و لم تظهر منه المخالفة و لا الموافقة، يحكم بشهادة الفرع لأنّها شهدت و كانت جامعة للشرط و هو عدم التمكن من الأصل قبل الشهادة، و حضوره ثانياً لا يخرجها عمّا هى عليها إلّا مع المخالفة و المفروض عدمها.

تغيّر حال الأصل بفسق أو كفر

إذا خرج الأصل عن الصلاحية بفسق أو كفر أو عداوة للمشهود عليه ممّا تعدّ من موانع قبول الشهادة قال المحقق: لم يحكم بالفرع لأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل.

و فى إطلاق كلامه نظر يعلم من بيان صور المسألة:

۱- لو طرأ مانع بعد تحمّل الفرع، و أدائه الشهادة عند الحاكم و حكمه على وفقها.

۲- لو طرأ بعد تحمّل الفرع و بعد أدائها عند الحاكم، لكن قبل حكمه.

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۲۰۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۱۶

۳ لو طرأ بعد تحمّل الفرع و قبل أدائها عند الحاكم.

۴- لو طرأ قبل تحمّل الفرع بمعنى أنّه أشهده و هو فاسق.

لا شك فى أنّه لا يضرّه فى الصورة الأُولى، كما لا شكّ أنّه تطرح شهادة الفرع فى الصورة الأخيرة لأنّ شهادة الأصل فى هذه الحالة مردودة، فكيف شهادة الفرع على شهادته.

إنّما الكلام فى الصورتين المتوسطين فالقول بطرح الفرع مستنداً إلى أنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل الفاسق غير تامّ.

و ذلك لأنّ الموضوع لقبول الشهادة كون الشاهد حين الشهادة جامعاً للشرائط، بأن يكون عاقلًا، بالغاً، عادلًا و المفروض أنّ الأصل كان حين الأداء عادلًا سواءً بقى على العدالة إلى وقت أداء الفرع لدى الحاكم، كما فى الصورة الثانية و إن زالت قبل الحكم، أو لم يبق عليها، بل كان عادلًا حين الإشهاد، و تحمّل الفرع، لكن زالت العدالة قبل أدائها لدى الحاكم كما فى الصورة الثالثة.

و الذى يؤيد ما ذكرناه أنّهم اقتصروا فى عدالة الراوى فى باب حجيّة خبر الواحد على كونه كذلك حين الإخبار و إن تغيّر وصفه

بعده فلو تحمّل عادل خبر عادل، ثمّ طرأ الفسق على المخبر الأوّل، لم يضر و لأجل ذلك يعمل الأصحاب بروايات على بن أبى حمزة البطائنى و سائر الواقفة إذا حدَّثوا حين الاستقامة.

و الحاصل أنّ طروء الطارئ يفسد شهادته الفعلية، لا شهادته السابقة و بذلك يظهر ضعف دليل المحقّق، و ذلك لأنّ الحكم و إن كان مستنداً إلى شهادة الأصل لكن إلى شهادته حال الاستقامة لا إلى شهادته الفعلية و الشهادة الأولى لم تخرج عن الحجّية فهى بوصف كونها سابقة، حجّة حتى اليوم و الفرع يعتمد على شهادته فى تلك الحال لا على حالته اليومية.

و ما ربّما يقال من أنّ شهادة الفرع فرع شهادة الأصل و لا شك أنّها ليست

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۱۷

بمقبولة فى ذلك غير تامّ أيضاً. «۱»

و ذلك لأنّ شهادته الفعلية ليست بحجّة و أمّا شهادته السابقة فى حال الاستقامة حجّة مرّ الدهور و الأيام.

و منه يظهر ضعف الدليل الآخر و هو أنّ الحكم بشهادة الأصل و الفرع، فيلزم إثبات الحكم بشهادة الفاسق و الكافر.

يلاحظ عليه: أنّ الحكم مستند إلى شهادة العدول، أمّا الفرع فواضح و أمّا الأصل، فالمفروض كونه عادلًا فى ظرف الأداء و نحن نحكم اعتماداً على أدائه و هو عادل.

و الذى يوضح ذلك هو أنّه لو طرأ الجنون و الإغماء بعد الإشهاد، فهو غير ضائر فأىّ فرق بين طروء الفسق و الجنون بعد كون الجميع من الموانع.

الشرط الثانى: تسمية الأصل

إنّ القضاء بالشهادة فرع إحراز عدالة الشاهد أصلًا و فرعاً، و لا يحرز إلّا بالتسمية، و لا يكفى كونهم عدولًا لدى شاهد الفرعِ، لأنّ الحاكم قد يعرفهم بالجرح لو سُمُّوا، و لأنّهم قد يكونون عدولًا عند قوم، و فسّاقاً عند آخرين.

و على ذلك يكفى مجرّد تسميتهم و تعريفهم، سواء قارنت بالتزكية أم لا، و لا يكفى مجرّد التزكية بلا تسميتهم لما عرفت و إلّا انسدَّ باب الجرح على الخصم. و الحاصل أنّ الواجب مجرّد التسمية، حتى يتيسر للحاكم، الفحص عن الجرح و التعديل.

و لكن المحكى عن أبى يوسف و الثورى أنّ مجرّد التسمية بلا تزكية ضائر لإيهامه أنّه ما ترك التزكية إلّا لريبة.

---

(۱) حكاه الأردبيلى فى مجمع الفائدة: ۱۲/ ۴۸۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۱۸

يلاحظ عليه: أنّ ترك التزكية أعمّ من الريبة لأنّه يمكن أن يكون لأجل عدم العلم بعدالتهما.

قال الشيخ: إذ سَمّيا شاهدَ الأصل و لم يُعدِّلا، سمعهما الحاكم و بحث عن عدالة الأصل فإن وجده عدلًا حكم به و إلّا توقف فيه و به قال الشافعى.

و قال أبو يوسف و الثورى: لا تُسمع هذه الشهادة، لأنّهما لم يتركا تزكية الأصل إلّا لريبة و ردّ عليهما الشيخ بقوله: إنّهما إنّما يشهدان بما يعلمان، و قد يعلمان شهادة الأصل و إن لم يعلما كونهما عدلين، فلا يجوز لهما أن يشهدا بذلك و على الحاكم أن يبحث عن عدالة الأصل، و ليس لا يتركان ذلك إلّا لريبة بل لما قلناه. «۱»

ثمّ إنّ المحقّق ذكر فرعين أحدهما: حجّية شهادة النساء على النساء فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات كالعيوب الباطنة و الاستهلال و الوصيّة و تردد فيه ثمّ قال: «أشبهه المنع» و قد قدّمنا الكلام فى شهادتهنّ، من غير فرق بين ما يقبل منضمات أو منفردات، و قلنا: إنّ

الأقرب هو القبول. و ثانیهما: انّه تثبت بالشهادة علی الشهادة، اللواط و الزنا، أو وطء البهیمة، و یترتب علیها کلّ الآثار إلّا الحدّ و التعزیر و قد تقدّم الکلام فیها أیضاً.

---

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۱۹

المقصد الخامس فی اللواحق

ذکر المحقّق أنّ اللواحق علی قسمین:

اشارة

الأوّل: فی اشتراط توارد الشاهدین علی المعنی الواحد.

الثانی: فی الطوارئ و المقصود الأُمور التی تعرض علی الشهادة بعد أدائها من موت أو فسق أو کفر أو تزکیة أو غیر ذلک.

فإلیک الکلام فی القسم الأوّل [أی فی اشتراط توارد الشاهدین علی المعنی الواحد]

اشارة

و یترتّب علیه مسائل:

المسألة الأُولی توارد الشاهدین علی الشیء الواحد شرط فی القبول

، و ذلک لأنّ المشهود به لا یثبت إلّا بتمام العدد، فلو لم یتواردا علی شیء واحد، بل شهد کلّ علی شیء، غیر ما شهد به الآخر، لما قامت البیّنة علی شیء واحد، نعم لا تشترط وحدة التعبیر، بل تکفی وحدة المضمون و إن اختلفا فی اللفظ مثلًا إذا قال أحدهما: غصبه، و قال الآخر: انتزعه منه قهراً و ظلماً، کفی.

خرج ما لو اختلفا فی المعنی، کما إذا قال أحدهما: أشهد أنّ زیداً باع داره من عمرو، و قال الآخر: أشهد أنّه أقرّ ببیع داره من عمرو، فلا یثبت الموضوع بالبیّنة، لعدم تواردهما علی موضوع واحد حتی تقوم البیّنة علیه. نعم إذا لم یتواردا علی موضوع واحد فهو علی قسمین:

۱- لا یتواردان علی موضوع واحد، و لا یکون بینهما تعارض کما فی المثال

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۲۰

السابق، من الشهادة علی بیع الدار، و الشهادة علی إقراره بالبیع، فبما أنّهما لا یتواردان علی موضوع واحد، لا یثبت الموضوع بالشاهدین و بما أنّهما غیر متعارضین، یثبت الموضوع بشاهد و یمین و هذا أثر عدم التعارض.

۲- لا یتواردان علی موضوع واحد و فی الوقت نفسه یتعارضان فی المضمون.

و الحاصل أنّه إذا لم یتواردا علی موضوع واحد، فلو کانا مع ذلک متعارضین فلا یحتج بهما مطلقاً، لا بعنوان البیّنة و لا بضم الیمین

إلی واحد منهما و أمّا إذا لم یتواردا و مع ذلک لم یکونا متعارضین، فلا یحتج بهما بعنوان البیّنة و لکن یحتج بکل واحد بضم الیمین إلی واحد.

فإن قلت: المفروض هو التکاذب بین الشاهدین لبیّنة واحدة لا التکاذب بین البیّنتین فبما أنّ الشاهد الواحد، لیس بموضوع للأثر، و إنّما یترتّب الأثر علیه إذا ضُمَّ إلیه شاهد آخر أو یمین المدّعی، فعندئذ یکون تکاذبُ الشاهدین من قبیل تکاذب اللاحجّة، مع اللاحجة فلا أثر لهذا التکاذب حتی یسقطان نعم إذا تکاذبت البیّنتان، یکون من قبیل تکاذب الحجّة مع الحجّة.

قلت: کفی فی ترتب الأثر، أنّه یجب تصدیقه إذا ضُمّ إلیه الآخر، أو الیمین، و هذا المقدار من الأثر الشأنی أو التعلیقی یکفی فی التعبد، ثبوتاً و سقوطاً.

و بذلک یظهر عدم تمامیة ما ذکره صاحب الجواهر من أنّ التکاذب المقتضی للتعارض الذی یُفزع فیه للترجیح و غیره إنّما یکون بین البیّنتین لا بین الشاهدین. «۱»

و ذلک لأنّ الشاهد الواحد و إن لم یکن تمام الحجّة التامة، لکنّها جزء الحجّة و یکفی ذلک فی صحّة التعبد ثبوتاً و سقوطاً.

أضف إلی ذلک أنّه لا إطلاق فی الأخبار الواردة فی الاحتجاج بشاهد و

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۲۱۲.

یمین حتّی یعمّ صورة التعارض.

إلی هنا تبین أنّه إذا لم یتوارد الشاهدان علی موضوع واحد، فهو علی قسمین إمّا غیر متعارضین أو متعارضین فالأوّل یحتج بأحدهما بضمّ الیمین دون الثانی.

نعم للشاهدین الاتّفاق علی ذکر المسبب عند القاضی فی المثال السابق من دون ذکر اسم السبب، فیکون من باب توارد الشهادتین علی موضوع واحد.

المسألة الثانیة

کان البحث فیما سبق مرکزاً علی شهادتین لم تتواردا علی موضوع واحد و لکن الشهادتین بین متعارضتین و غیر متعارضتین و قد عرفت حکمهما.

و أمّا البحث فی هذه المسألة فعلی أحد أمرین:

۱- إمّا غیر متواردتین علی موضوع واحد.

۲- و إمّا متواردتان علی موضوع واحد و لکن بینهما التعارض من جهة أُخری کالزمان.

و اعلم أنّ المتعارضتین مطلقاً لا یحتجّ بهما مطلقاً من غیر فرق بین المسألتین.

قال المحقّق: لو شهد أحدهما أنّه سرق نصاباً غدوة، و شهد الآخر أنّه سرق عشیة.

أقول: ذکر المحقق للمسألة صورتین:

أ: لو کان المشهود عشیة، غیر المشهود غدوة، بمعنی أنّ زیداً شهد أنّ فلاناً سرق غدوة نصاباً موجباً لقطع الید (کربع الدینار) و شهد عمرو أنّ ذلک الفلان سرق عشیة نصاباً آخر، فیکون المال المسروق شیئین، فهذا من قبیل عدم التوارد علی موضوع واحد من غیر تعارض.

ب: تلک الصورة و لکن شهد الشاهد الثانی أنّه سرق ذلک النصاب بعینه

عشية فيكون المال المسروق أمراً واحداً، و هذا من قبيل الشهادة على مورد واحد لكن مع التعارض للاختلاف في الزمان.

أمّا الأوّل: فلا يحكم بهما لأنّ المشهود به فعلان و لم تتوارد الشهادتان على مورد واحد فلم يتم العدد لكن يصحّ القضاء بإحداهما لو انضمت يمين المدّعى إليها إذ لا تعارض بين الشهادتين.

و أمّا الثاني: فلا يحتج بهما لأنّهما أنفسهما و إن تواردتا على أمر واحد، و لكن تعارضتا في الوقت، و لا بضم يمين المدّعى لأنّ الاحتجاج بشاهد و يمين إنّما يصحّ إذا كانت شهادة الشاهد حجّة في نفسها و ليس المقام كذلك، لسقوطها عن الحجّية للتعارض.

و الحاصل أنّ تغاير المشهود به (تغاير الفعلين) يضرّ الاحتجاج بالشاهدين لعدم تمامية العدد في كلّ واحد و لا يضرّ الاحتجاج بكلّ واحد إذا ضُمَّت إليه اليمين و لكن تواردهما على موضوع واحد متعارضين يضرّ بالاحتجاج بهما و بضم يمين إلى واحد منهما لأجل التعارض.

و بذلك تعلم صحّة ما ذكره الشهيد في المسالك من أنّ قول المحقّق لا يستدل لتحقّق التعارض أو لتغاير الفعلين من قبيل اللف و النشر غير المرتب، فالثاني راجع إلى الصورة الأُولى المذكورة في بند «أ» و الأوّل راجع إلى الصورة الثانية المذكورة في بند «ب» من كلامنا فلاحظ.

المسألة الثالثة قد عرفت أنّه لو كانت نتيجة شهادة الشاهدين تغاير المشهود به فلا يحتج بهما للتغاير

اشارة

، و لكن يحتج بكلّ واحد مع يمين المدّعى، و لو كانت نتيجة شهادتهما، وحدة الفعلين، مع التعارض فيسقطان رأساً، لا يحتج بهما و لا بواحد منهما مع ضمّ اليمين و على ذلك، تقف على ما هو الحقّ فيما ذكره المحقّق في

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۲۳

المسألة الثالثة و إليك نصّه:

۱- لو قال أحدهما: سرق ديناراً، و قال الآخر: درهماً أو قال أحدهما: سرق ثوباً أبيض، و قال الآخر: أسود.

قال المحقّق: ففي كلّ واحد منهما، يجوز أن يحكم مع أحدهما بيمين المدّعى لكن يثبت له الغرم و لا يثبت القطع. «۱»

و على ضوء ما ذكرنا يصحّ ما ذكره في صورة تعدد العين (تعدد الفعلين من غير تعارض) بأن يشهد كلّ على غير ما يشهد بها الآخر، كأن يشهد أحدهما بالدينار، و الآخر على سرقة أُخرى غير الدينار كالدرهم، ففي مثل ذلك لا يحتج بهما لعدم اجتماع العدد بالنسبة إلى كلّ فعل، و لكن يحتج بكلّ واحد إذا ضمّت إليه يمين المدّعى، و الثابت هو الغرم لا القطع للشبهة كما ذكره المحقّق لعدم اليمين في الحد، و أمّا إذا كان المشهود به عيناً واحداً (وحدة الفعل) كما إذا اتّفقا على سرقة ثوب معيّن لكن شهد أحدهما بكونه أبيض و الآخر على أنّه أسود فلا يحتج بواحد مطلقاً مع ضمّ الآخر، و لا مع ضمّ اليمين، كما عرفت.

و الحاصل أنّ الشهادة على فعلين، يضرّ بالاحتجاج بهما، و لا يضرّ بالاحتجاج بواحد مع يمين المدّعى بخلاف الشهادة على فعل واحد و التضاد فيما يتعلّق به كاللون، فهو موجب للسقوط مطلقاً، لا بالشاهدين و لا بضمّ اليمين.

و أمّا تعارض البيّنتين ففيه أقوال:

الأوّل: ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط من القول بالقرعة في تمييز ما يحتج من البيّنتين قال:

إذا كان مكان كلّ شاهد، شاهدان، شهد اثنان أنّه سرق كبشاً غدوة و شهد آخران أنّه سرق ذلك الكبش عشية تعارضت البيّنتان و سقطتا و عندنا تستعمل

---

(۱) نجم الدين: الشرائع، كتاب الشهادات: ۴/ ۱۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۲۴

القرعة «۱» و علّله صاحب الجواهر بأنّه يجب الحكم بواحد منهما و لا يعلم ذلك إلّا بالقرعة. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ القرعة فى البيّنة فيما إذا تعدّد المدّعى و كان لكلّ بيّنة لا ما إذا قامت بيّنتان لصالح إنسان واحد.

و قال المحقّق: و لو تعارض فى ذلك بيّنتان على عين واحدة سقط القطع للشبهة و لم يسقطه الغرم. و لو كان تعارض البيّنتين لا على عين واحدة، ثبت الثوبان و الدرهمان.

و حاصله: التفصيل بين ما إذا اختلفا فى الزمان مع الاتّفاق على العين المسروقة، و ما إذا اختلفا فى العين المسروقة ففى الأوّل كما إذا شهد عدلان على أنّ زيداً سرق الثوب الفلانى صباحاً، و شهد عدلان آخران على أنّه سرق ذلك الثوب عشية، فإذا اتّفق الشهود على وحدة السرقة سقط القطع للشبهة و لم يسقط الغرم، و فى الثانى كما إذا شهد عدلان بأنّه سرق الثوب الأسود، و شهد آخران على أنّه شهد الثوب الأبيض، أو شهدت إحدى البيّنتين بأنّه سرق الدرهم و الأُخرى على درهم آخر يثبت كلا الثوبين، أو كلا الدرهمين إذ لا تعارض بينهما و يثبت القطع أيضاً.

يلاحظ على الصورة الأُولى

أوّلًا: أنّه لا يثبت بالبيّنة المعارضة، القطع، و لا الغرم، لأنّ ترتيب الأثر فرع شمول دليل الحجّية لصورة المعارضة. و دلالتهما على أصل السرقة دلالة التزامية، فلا تكون حجّة بعد سقوط الدلالة المطابقيّة.

و ثانياً: ما الفرق بين هذه الصورة و ما ذكره فى المسألة الثانية فى تعارض

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۲.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۱/ ۲۱۳ بتصرف فى العبارة للتوضيح.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۲۵

الشاهد مع الشاهد الآخر حيث قال بأنّه لا يحكم لو شهد الآخر أنّه سرق ذلك بعينه عشية و علّله بتحقّق التعارض.

و أمّا الصورة الثانية:

فكما يثبت الغرم أى ضمان الثوبين أو الدرهمين يثبت القطع لعدم التعارض، و عدم نفى واحدة منهما، الأُخرى.

و يلحق بالصورة الأُولى ما إذا طرأ عليه التعارض بالعرض كما إذا اعترف المدّعى بأنّه لم يسرق ماله مرتين بل مرّة واحدة فتدخل البيّنتان تحت البيّنتين المتعارضين، فلا يحتج بهما لا فى الغرم و لا فى القطع.

المسألة الرابعة و فيها فروع ثمانية:

الفرع الأوّل: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له الآخر، أنّه باعه ذلك الثوب بعينه فى ذلك الوقت بدينارين.

قال المحقّق: لم يثبتا لتحقّق التعارض. و كان له المطالبة بأيّهما شاء مع اليمين.

توضيحه: إنّه لا يثبت الديناران لعدم تمامية العدد بالنسبة إليه. و أمّا الدينار فلإثباته طريقان:

۱- قيام البيّنة على الجامع فإنّ دلالة إحدى البيّنتين على الدينار الواحد بالمطابقة و دلالة البيّنة الأُخرى عليه بالالتزام لوجود الدينار الواحد فى ضمن الدينارين.

يلاحظ عليه: أنّه لم تتوارد الشهادة على الشىء الواحد، لأنّ الأوّل يشهد على الأقل، و ينفى الأكثر على خلاف الثانى، فكيف يمكن

أن یقال إنّهما تواردتا علی شیء واحد، و الأخذ بالدلالهٔ الالتزامیهٔ مع رفض المطابقیهٔ غیر صحیح فی عرف

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۲۶

العقلاء.

۲- ضمّ الیمین علی الشاهد الواحد، فإن ضُمَّ إلی من شهد بالدینار الواحد، یثبت الدینار، و إن ضمّ إلی من شهد بالدینارین، یثبتان.

یلاحظ علیه: ما سبق و هو أنّ الشاهد الواحد حجّهٔ بنحو جزء العلّهٔ لکنّه سقط عن الحجّیهٔ لأجل الابتلاء بالمعارض فلا یفید ضم الیمین إلیه و لأجل ذلک أفتی السیّد الأُستاذ بالسقوط و قال: لو شهد أحدهما أنّه باع هذا الثوب أوّل الزوال بدینار، و شهد آخر أنّه باعه أوّل الزوال بدینارین، لم یثبت و سقطتا و قیل «۱» کان له المطالبهٔ بأیّهما شاء مع الیمین، و فیه ضعف. «۲»

الفرع الثانی: تلک الصورهٔ و لکن شهد له مع کلّ واحد شاهد آخر.

قال المحقّق: یثبت الدیناران إن ادّعاهما و لغت البیّنهٔ الأُخری.

أقول: لا تخلو الحال إمّا أن یکون لکلّ من الثمنین مدع کما لو ادعی البائع أنّه باع بدینارین و ادعی المشتری أنّه اشتراه بدینار، أو لا یکون ففی الصورهٔ الأُولی تتعارض البیّنتان، و تصل النوبهٔ إلی إعمال القرعهٔ فی إخراج ما هو الحق و لعلّ الشیخ یرید تلک الصورهٔ و یقول بالقرعهٔ حیث قال: و إن کانت بحالها و کان مقابل کلّ شاهد، شاهدان شهد اثنان أنّه باعه بألف، و شهد آخران أنّه باعه بعینه فی ذلک الوقت بألفین تعارضتا و سقطتا عندهم و عندنا استعملت القرعهٔ لأنّه لا یصحّ أن یعقد عقدان فی زمان واحد. «۳»

و أمّا الصورهٔ الثانیهٔ: أعنی ما إذا أنکر الخصم المدّعی أصل الشراء، فیمکن القول بثبوت الدینارین اللّذین ادعاهما البائع، حیث تلغی البیّنهٔ الأُولی.

---

(۱) القائل هو المحقّق فی الشرائع کما عرفت.

(۲) تحریر الوسیلهٔ: ۲، کتاب الشهادات، ۴۰۷.

(۳) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۲.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۲۷

و بعبارهٔ أُخری: لیس للقاضی القضاء ببیّنهٔ الدینار الواحد، لأنّ المتخاصمین اتّفقا علی بطلانها أمّا البائع فلأنّه یدعی البیع بدینارین و أمّا المشتری، فلأنّه ینکر أصل البیع، و لأجل ذلک تلغی بیّنهٔ الدینار الواحد، فیکون بیّنهٔ الدینارین بلا معارض.

و أمّا عدم الرجوع إلی القرعهٔ فلأجل أنّه إنّما یرجع إلیها إذا کان لکلّ من الثمنین مدع، و المفروض خلافه نعم هو المفروض فی الصورهٔ الأُولی.

فتبیّن أنّه یجب التفصیل بین ما إذا کان لکلّ من الثمنین مدع، فیرجع إلی القرعهٔ و ما لم یکن کذلک، فالمرجع بیّنهٔ المدّعی و هو الدیناران.

و مع ذلک نری أنّ السیّد الأُستاذ قدس سره لم یفصّل بین الصورتین و قال: و لو شهد له مع کلّ واحد، شاهد آخر، قیل یثبت الدیناران و الأشبه سقوطهما. «۱»

وجهه: أنّ بیّنهٔ الدینار الواحد، و إن لم یترتّب علیها الأثر فعلًا و لکنّه لا یخرجها عن تحت أدلّهٔ حجّیهٔ البیّنهٔ، فیکون المقام من قبیل تعارض الحجّهٔ مع الحجّهٔ فیسقط و لعلّه الأشبه.

و احتمال ثبوت الألف لاتّفاقهما علیه، قد عرفت ضعفه فیما إذا کان لکلّ شاهد، واحد من الشهود.

الفرع الثالث: لو شهد واحد بالإقرار بألف، و الآخر بألفین فی زمان واحد.

قال المحقّق: یثبت الألف بهما، و الآخر بانضمام الیمین.

یریـد المحقّق التفریق بین الفرع الأوّل و هذا الفرع الثالث حیث إنّه قال فی الفرع الأوّل بأنّه لو شـهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوهٔ بـدینار و شـهد الآخر أنّه باعه ذلک الثوب بعینه فی ذلک الوقت بـدینارین لم یثبتا لتحقّق التعارض و لکنّه یقول فی هـذا الفرع بأنّه لو شهد واحد بالإقرار بألف و الآخر بألفین فإنّه یثبت

---

(۱) الإمام الخمینی: تحریر الوسیلهٔ: ۲/ ۴۰۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۲۸

الألف بهما و الآخر بانضـمام الیمین و ذلک لعـدم التعارض بین المشـهود بهما فإنّ الشاهـد بـدینار لا ینفی الزائد. و علی ذلک فالفرع الأوّل من قبیل الشهادهٔ علی المتباینین، و الثانی من قبیل الشهادهٔ علی الأقل و الأکثر.

و لعلّ وجه الفرق بین الفرعین، هـو وجـود القرینـهٔ الدالـهٔ علی أنّ الشاهـد علی بیع الثوب بـألف، ینفی بیعه بـألفین لاـ أنّه سـاکت عن الزیادهٔ، و هکـذا الشاهـد علی البیع بألفین، و هـذا بخلاف المقام، فیجوز أن لا یکون الشاهد سـمع إلّا دیناراً، أو لم یقطع إلّا به و تردد فی الزائد، أو رأی أن لا یشهد إلّا به مصلحهٔ یراها.

الفرع الرابع: تلک الصورهٔ و لکن شهد بکلّ واحد، من الإقرارین شاهدان.

قال المحقّق: یثبت الألف بشـهادهٔ الجمیع، و الألف الآخر بشـهادهٔ اثنین. و الوجه هو ما عرفت فی الشاهد الواحد و أنّ المورد لیس من قبیل الشهادهٔ علی المتباینین بل من باب الأقل و الأکثر فلو کان فی کلّ طرف بیّنهٔ، یثبت الأقل بکلتا البیّنتین، و الأکثر ببیّنهٔ ثانیهٔ.

الفرع الخامس: لو شهد أنّه سرق ثوباً قیمته درهم، و شهد آخر أنّه سرقه و قیمته درهمان

، قال المحقّق: مثل ما قال فی الفرع الثالث، ثبت الدرهم بشهادتهما و الآخر بالشاهد و الیمین.

الفرع السادس: تلک الصورهٔ و لکن شهد بکلّ صورهٔ شاهدان ثبت الدرهم بشهادهٔ الجمیع، و الآخر بشهادهٔ الشاهدین بهما.

و علی ذلک فالفروع الأربعهٔ الأخیرهٔ کلّها من قبیل الشـهادهٔ علی الأقل و الأکثر، یثبت المتفق علیه بالشاهدین أو بالبیّنتین، و غیر المتفق علیه یثبت فی الشاهد بضم الیمین، و فی البینهٔ بالثانیهٔ منهما.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۲۹

الفرع السابع: لو شهد أحدهما بالقذف غدوهٔ، و الآخر عشیهٔ، أو بالقتل کذلک.

قال المحقّق: لم یحکم بشهادتهما لأنّها شهادهٔ علی فعلین.

وجهه واضح، لأنّ کلًا من الشاهدین یشهد علی غیر ما یشهد علیه الآخر، و بما أنّه لم یتم العدد لا فی القذف و لا فی القتل، فلا یحکم مع احتمال الکذب فی کلّ واحد.

الفرع الثامن: لو شهد أحدهما بإقراره (بمال لزید) بالعربیهٔ، و الآخر بالعجمیهٔ.

قال المحقّق: قُبل لأنّه إخبار عن شیء واحد.

يلاحظ عليه: أنّ المحكی و إن كان واحداً و لكن الإقرار عند شاهد بالعربية، غير إقراره عند آخر بالعجمية و كلّ شاهد يشهد على إقراره بلسان خاص و لا يشهد على المحكی و هو كونه مديوناً لعمرو مثلًا و على هذا يجب أحد أمرين إمّا ضم يمين إلى أحد الشاهدين، أو ضمّ شاهد ثالث إلى أحد الشاهدين فتأمّل.

القسم الثانی: فی الطوارئ

اشارة

و هی مسائل

المراد الأُمور التی تعرض على الشهادة بعد أدائها من موت أو فسق أو كفر أو تزكية أو غير ذلك و فيه مسائل:

الأُولى: لو شهدا و لم يَحكم بهما، فماتا

قال المحقّق: حكم بهما و كذا لو شهدا ثمّ زُكّيا بعد الموت.

و مثله ما إذا شهدا و لم يحكم بهما و مات أحدهما أو جُنّا أو أُغمی عليهما أو أحدهما.

و الدليل إطلاق أدلّة حجّية البيّنة و معه لا حاجة إلى استصحاب الصحّة و

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۳۰

سيوافيك أنّ الموضوع كون الشهادة جامعة للشرائط حال أداءها و لا يجب بقاؤها عليها إلى حال الحكم.

الثانية: لو شهدا، ثمّ فسقا قبل الحكم

قال المحقّق: حكم بهما لأنّ المعتبر بالعدالة عند الإقامة.

۱- قال الشيخ: إذا شهد عدلان عند الحاكم بحقّ ثمّ فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما، حَكَمَ بشهادتهما و لم يرده و به قال أبو ثور و المزنی، و قال باقی الفقهاء لا يحكم بشهادتهما. دليلنا أنّ الاعتبار بالعدالة حين الشهادة، لا حينَ الحكم، فإذا كانا عدلين حين الشهادة وجب الحكم بشهادتهما، و أيضاً إذا شهدا و هما عدلان وجب الحكم بشهادتهما فمن قال إذا فسقا بطل هذا الوجوب، فعليه الدلالة. «۱»

۲- قال فی المبسوط: إذا شهد شاهدان عند الحاكم بحقّ، و كانا عدلين حين الشهادة ثمّ فسقا لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يفسقا قبل الحكم بشهادتهما، أو بعد الحكم بشهادتهما فإن فسقا قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بتلك الشهادة و قال قوم يحكم بشهادتهما و هو الأقوى عندی. «۲»

۳- و قال العلّامة: و لو فسقا بعد الإقامة قبل الحكم حكم بها إلّا فی حقوقه تعالی. «۳»

۴- و لكنّه فی المختلف ذهب إلى عدم جوازه و قال: و الأقرب عندی عدم الحكم. «۴»

و المسألة مبتنية على أنّ الملاک فی الجواز هل هو العدالة حين الأداء، أو

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۷۳.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۴.

(۳) ابن المطهّر: الإرشاد: ۲/ ۱۶۸.

(۴) ابن المطهّر: المختلف، کتاب الشهادات: ۱۷۶.

العدالهٔ حین الحکم و الظاهر هو الأوّل لأنّ اعتبارها لغایهٔ أنّها تصون الراوی عن التعمد علی الکذب، فیکفی کونه کذلک حین الأداء، و لا یؤثّر عدالته حین الحکم فی ذلک.

قال المحقّق الأردبیلی: إنّ الغرض من العدالـهٔ، دیانـهٔ الشاهـد وقتَ شـهادته، و إذا کانت فی ذلک الوقت موجودهٔ لا یضـرّ زوالها بعده بالفسق و إن کان قبل الحکم، مثل الموت و الجنون و النوم و الاغماء فیما یشترط فیه البصر و غیر ذلک.

ثمّ إنّ المحقّق مع أنّه قال بجواز الحکم هنا معلّلًا بأنّ المعتبر وجود العدالـهٔ حین الأداء ذکر فی باب الشـهادهٔ علی الشـهادهٔ، انّه إذا طرأ الفسق علی الأصل، لم یحکم بالفرع لأنّ الحکم مستند إلی شـهادهٔ الأصل «۱» مع أنّ مقتضـی دلیله هنا، عدم مانعیهٔ طروء الفسق علی الأصل، إذا کان عادلًا حین الأداء و کان الفرع عادلًا أیضاً حینه.

استدل العلّامهٔ فی المختلف علی مختاره بوجوه ضعیفهٔ جدّاً و نقلها المحقّق الأردبیلی بنقد و تضعیف قال:

۱- إنّهما فاسقان حین الحکم فلا یجوز الحکم بشهادتهما.

۲- إنّ تطرق الفسق یُضعفُ ظن العدالهٔ.

۳- إنّ طروء الفسق علیهما نظیر ما إذا رجعا، أو صارا وارثین حین الحکم، لموت المشهود له قبل الحکم. «۲»

و الجمیع کما تری فالأوّل منه مصادرهٔ، لأنّ الکلام فی إضرار الفسق حین الحکم و عدمه و قد أُخِذ المدّعی دلیلًا علی المطلوب.

و الظنّ علی الخلاف لیس بحجّهٔ بعد شـمول الإطلاق نعم لو صار مبدأً للشـبههٔ یُدرأ به الحدّ، دون غیره و الرجوع عن الشهادهٔ إبطال و تکذیب للشهادهٔ و

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۴۰.

(۲) ابن المطهّر: المختلف، کتاب الشهادات: ۱۷۶.

أین هـو من الفسـق الـذی لاـ یمتُّ إلی الإبطـال بصـلهٔ و أمّـا عـدم الحکم بمـوت المشـهود له و صـیرورهٔ الشـهود وارثین حین الحکم فسیوافیک عدم صحّته.

و العجب من صـاحب الجواهر حیث ذهب إلی عـدم جواز الحکم فی المقـام محاوِلًا إبـداء الفرق بین موت الشاهـد و إغمائه، حیث لا یمنعـان عن الحکم، و طروء الفسـق حیث یمنع قائلًـا بـأنّ الأـوّلین کـالمیت لیس له شـهادهٔ، بخلاـف من طرأ علیه الفسق فیعمّه إطلاـق روایات ردّ شـهادهٔ الفاسق و إلّا لزم جواز الحکم بها قبل الإقامهٔ لو فرض أنّه حملها لغیره عدلًا ثمّ فسق، ثمّ بعد ذلک أقامها الفرع و هو معلوم الفساد و لیس ذلک إلّا لاعتبار جامعیهٔ العدالهٔ و نحوها للشهادهٔ حال الحکم و لا یکفی الحال السابق. «۱»

یلاحـظ علیه: أنّه إن أراد بقوله: «لاـ شـهادهٔ للمجنون و المغمی علیه» أنّه لاـ شـهادهٔ لهمـا فی حـال الحکم، فمن طرأ علیه الفسق أیضـاً کـذلک فهو صـحیح إذ لیس له شـهادهٔ أیضاً حینه و إن أراد عـدمها فی ظرفها الـذی أقاموها فیه و هو واضح البطلان لأنّ لکلّ شاهد، شهادهً فی ظرفها و الشیء لا ینقلب عمّا هو علیه و علی ضوء ذلک، فإنّ التفریق بین الأصناف المذکورهٔ، غیر تام.

و أمّا ادعاء إطلاق المستفیض بردّ شهادهٔ الفاسق فالمراد حسب مناسبهٔ الحکم و الموضوع هو الفاسق حین الأداء، لا الحکم.

و ما أیّد به کلامه أخیراً، لیس إلّا إعادهٔ لکلام المحقّق فی الشـهادهٔ علی الشـهادهٔ، حیث منع الحکم بشـهادهٔ الفرع إذا طرأ الفسق علی الأصل و قد عرفت عدم تمامیته.

نعم لا یحکم به فی حقوقه سبحانه بل مطلق الحـدود لطروء الشـبههٔ الموجب لدرء الحد، من غیر فرق بین المختص للّه و المزیج بحقّ

الآدمی کحدّ القذف و

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۲۱۹.

القصاص.

قال المحقّق: أمّا لو کان حقّاً محضاً للّه تعالی کحدّ الزنا و اللواط و شرب المسکر لم یحکم لأنّه نوع شبهة و فی الحکم بحدّ القذف و القصاص تردّد أشبهه الحکم لتعلّق حقّ الآدمی به. «۱» و لکن الظاهر عدم الحکم لدخول الجمیع تحت الحدود الذی ورد فیه الدرء لأجل الشبهة روی الصدوق مرسلًا قال، قال رسول اللّه صلّی الله علیه و آله و سلّم: «ادرأ الحدود بالشبهات و لا شفاعة و لا کفالة و لا یمین فی حدّ». «۲»

و الذی یجب أن یرکز البحث علیه، هو تفسیر الشبهة التی بها یردّ بها الحدّ فإن أُرید مجرّد احتمال الخلاف یلزم درء الحدود غالباً، و لا یبقی إلّا القلیل و هو خلاف ما یهدفه الشارع من تشریع الحدود الذی یعبر عنه بقوله: «حدّ یقام فی الأرض أزکی فیها من مطر أربعین لیلة و أیّامها». «۳»

أضف إلی ذلک أنّه لو کان مجرّد الاحتمال دارئاً للحد، لما أمر الإمام فی حقّ من شرب الخمر و ادعی أنّه کان مشرکاً و أسلم و نشأ بین قوم یشربون الخمر ببعث من یدور به علی مجالس المهاجرین و الأنصار (لیسأل عن) من کان تلا علیه آیة التحریم فلیشهد علیه. «۴»

کلّ ذلک یعرب عن کون المراد من الشبهة، ما یعتمد علیه العقلاء فی حیاتهم، و علی ضوء ذلک فلا یسقط الحد، إلهیّاً کانت أو آدمیّاً، إذا کانت الشبهة غیر خارجة عن حدّ الاحتمال إلّا إذا کان قویاً قابلًا للاعتناء.

الثالثة: لو شهدا لمن یرثانه (کالأب) فمات قبل الحکم فانتقل المشهود به إلیهما

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۴۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۲.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ المسکر، الحدیث ۱.

قال المحقّق: لم یحکم لهما بشهادتهما.

قال الشیخ: فإن کانت بحالهما فلم یحکم بشهادتهما حتی مات المشهود له، فورثاه لم یحکم بشهادتهما لأنّه لو حکم، حکم لهما بالمال بشهادتهما و لا یجوز أن یحکم للشاهد بشهادته. «۱»

یلاحظ علیه أوّلًا: أنّه إذا کان المیزان فی صحّة القضاء بالشهادة، کونها جامعة للشرائط حال الأداء فلا وجه لعدم القضاء.

و ثانیاً: أنّ الحاکم یحکم بکون المال للمشهود له، لا للشاهد و إذا انتقل إلیه، ینتقل منه إلی الشاهد، کما إذا کان الشاهدُ غیرَ الوارث و مات المشهود، قبل الحکم، و الدلیل علی أنّه یحکم علی المال بأنّه للمورِّث لا للوارث أنّه لو کان هناک دین أو وصیة مجوّزة یقدّم علی الشاهدین و لا شیء لهما.

و ثالثا: أنّ الإفتاء بعدم الحکم فیما إذا حَکم یُصرف فی الدین و الوصیة الشرعیة، أو فیما إذا کان لهما فی المیراث شریک کالأُخت،

مشکل جدّاً فحرمانها بحجّة أنّ الشاهد صار من الوارث کما تری.

نعم القول بالتبعیض بـدفع حصّـة الشـریک دونهما لا یتحمّله دلیل حجّیـة الشـهادة، لأنّها شـهادة واحدة لا تتبعض، و الصـحیح وجوب الحکم، و الاتفاق علی امتناع الحکم کما فی المسالک غیر مُفید لأنّه إجماع معلوم دلیله، الخاضع للمناقشة.

الرابعة: فی رجوع الشاهد عن الشهادة

اشارة

لو رجع الشاهد عن الشهادة فله صور:

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۴.

۱- أن یرجع عنها قبل الحکم.

۲- أن یرجع عنها بعد الحکم و بعد الاستیفاء بمعنی تنفیذ الحکم و بعد تلف المحکوم به الذی هو المال.

۳- لو رجعا بعد الحکم و قبل الاستیفاء و التنفیذ و کان المحکوم به هو الحدّ الّذی یعدُّ حقّاً للّه کحدّ الزانی، أو للآدمی کحدّ القاذف، أو المشترک کحدّ السرقة.

۴- لو رجعا بعد الحکم و قبل الاستیفاء و کان المحکوم به هو الحقوق للآدمی.

۵- لو رجعا بعد الحکم و الاستیفاء لکن العین قائمة.

أمّا الصورة الأُولی [أی أن یرجع عنها قبل الحکم.]

، فلاـ یحکم بالاتّفـاق قال الشیـخ: إذا شـهد شاهـدان بحقّ، عُرِف عـدالتهما ثمّ رجعا عن الشـهادة قبل الحکم بهما، لم یُحْکَم و به قال الجماعة إلّا أبا ثور فإنّه قال یُحکم بشهادتهما دلیلنا إنّهما إذا رجعا لم یکن لهما شهادة فلا یجوز الحکم کما لو اجتهد الحاکم ثمّ تغیر اجتهاده قبل الحکم فإنّه لا یحکم. «۱»

و یدل علیه مرسل جمیل «۲» الذی لا یقصر عن الصحیح و سیوافیک نصّه فی الصورة الثانیة.

أضف إلی ذلک انّه أشبه بالبیّنة المتعارضة.

و أمّا ما رواه السکونی عن علیّ أنّ النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: «من شهد عندنا ثمّ غیّر أخذناه بالأوّل و طرحنا الأخیر». «۳» فمن المحتمل أن یکون ناظراً إلی الإقرار. للضـمیر الموجود فی «أخـذناه» فیکون المراد أنّه لا إنکار بعـد الإقرار و أمّا ما رواه هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه

---

(۱) الطوسی: الخلاف: الجزء ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۷۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴.

قـال: «کـان أمیر المؤمنین علیه السَّلامـ لاـ یأخـذ بـأوّل الکلام دون آخره». «۱» فهو بصـدد بیـان أنّ العـبرة فی الحکم، بمجموع کلامـ المتکلم حیث یصلح الـذیل قرینـة علی الصـدر، نعم رواه فی التهـذیب المطبوع بأنّه کان یأخـذ بأوّل الکلام دون آخره. «۲» و الظاهر

سقوط «لا» عن المطبوع.

ثمّ إنّ طرح الشهادة فيما إذا ادعيا الخطأ و الاشتباه واضح، عقلًا و نقلًا فإنّه لا يوجب فسقاً فيكون تخطئتهم حجّة على القاضي إنّما الكلام إذا اعترفوا بأنّهم تعمّدوا للكذب فإنّ رفع اليد عن الشهادة عندئذ لأجل أنّهم صاروا محكومين بالفسق بكلامهم الثاني إمّا لكذبهم بالشهادة الأُولى واقعاً، أو بالشهادة الثانية، و ليس هذا النوع من العلم الإجمالي بأقل من سائر الموارد و بذلك يتسرّب الشك إلى العدالة حين الأداء و أنّهم هل كانوا عدولًا أو لا، فيكون المقام من باب الشك السارى.

ثمّ إنّهم لو ادّعوا الخطأ و الغلط، لا يحكم بشهادتهما الثانية في نفس المورد لصحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السَّلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق، و ليس الذي قطعتَ يده إنّما شبّهنا ذلك بهذا فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الدية و لم يُجز شهادتهما على الآخر». «۳» و مقتضى القاعدة و إن كان الأخذ بشهادتهما الثانية لأنّها شهادة عدلين لكن التوقف لأجل حصول الشبهة التي يُدرأ بها الحدّ، لزوال الاعتماد عليهما.

الصورة الثانية: و لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المحكوم به.

قال المحقّق: لم يُنقَض الحكم و كان الضمان على الشهود.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب آداب القاضي، الحديث ۱.

(۲) الطوسي: التهذيب: ۶/ ۲۸۲.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۳۷

قال الشيخ: إذا شهد شاهدان بحقّ و عرف عدالتهما و حكمَ الحاكم فاستوفى الحقّ ثمّ رجعا عن الشهادة لم يُنقَضْ حكمه و به قال جميع الفقهاء و قال سعيد بن المسيب و الأوزاعي ينقضه دليلنا أنّ الذي حكم به، مقطوع به بالشرع و رجوعهم يحتمل الصدق و الكذب فلا يُنقَض به ما قد قطِعَ عليه. «۱»

أمّا عدم النقض، فلعدم العلم بالفساد، و قد مرّ أنّ حكم القاضي لا يُردُّ ما لم يعلم بطلانه و أمّا الضمان فلكون السبب أقوى من المباشر، مضافاً إلى مرسل جميل بن دراج الذي أُشير إليه في الصورة الأُولى عمّن أخبره عن أحدهما عليهما السَّلام قال: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل، ضمنُوا ما شهدوا به، و غُرِّموا، و إن لم يكن قُضي، طرحت شهادتهم و لم يغرَّموا الشهود شيئاً». «۲»

و الإمعان فيه يعطي أنّ الميزان في الأخذ و الطرح هو كون الرجوع بعد الحكم أو قبله، و أمّا الاستيفاء و التنفيذ، أو بقاء المال و تلفه التي صارت سبباً لانقسام المسألة إلى الصور المتعددة فليس بملاك في الأخذ و الطرح و لأجل ذلك يكون الصحيح دليلًا في بعض الصور الآتية.

و يدل عليه أيضاً صحيح جميل عن أبي عبد اللّه عليه السَّلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» «۳»، و في صحيح آخر في شاهد الزور إن كان قائماً و إلّا ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل ۴ و موردهما و إن كان شاهد الزور الذي تعمّد الكذب، و لكن وجه ضمانه ليس إلّا لأجل كونه السبب للتلف بشهادة أنّه لو كذب و لكن لم ينجرّ إلى التلف لما كان ضامناً حيث ينقض الحكم لأجل العلم بالفساد و يرد المال إلى صاحبه و هذا يعطي أنّ الملاك هو كون الشهادة سبباً

(۱) الطوسی: الخلاف: ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۷۵.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲، ۳.

للتلف سواء تعمّد الکذب أو لا، فتشمل صورة الرجوع، و إن أبیت إلّا عن اختصاصهما بشاهد الزور، ففی مرسل جمیل غنی و کفایة.

الصورة الثالثة: و لو رجعوا بعد الحکم و قبل الاستیفاء و کان المحکوم به حدّاً.

قال المحقّق: فإن کان حدّاً للّه نُقض الحکم للشبهة الموجب للسقوط، و کذا لو کان للآدمی کحدّ القذف، أو مشترکا کحدّ السرقة.

قال الشیخ: و إن رجعوا بعد الحکم و قبل القبض، نظرت، فإن کان الحقّ حدّ اللّه کالزنا و السرقة و شربِ الخمر، لم یحکم بها لأنّها حدود تدرأ بالشبهات، و رجوعهم شبهة و إن کان حقّاً لآدمی یسقط بالشبهة کالقصاص و حدّ القذف، لم یستوف لمثل ذلک. «۱»

و قال العلّامة: و إن رجع بعد القضاء و قبل الاستیفاء نُقض الحکم سواء کان حدّاً للّه تعالى أو لآدمی. وجه السقوط دخول الجمیع تحت الحدّ الذی یُدرأ بالشبهة و أیّ شبهة أقوى من الرجوع و یمکن استظهار السقوط من صحیح محمّد بن قیس حیث ورد فیها أنّ الإمام قضى بقطع ید رجل جاء به رجلان و قالا إنّ هذا سرق درعاً، فجعل المشهود علیه یناشد علیّاً علیه السَّلام فلما رأى الإمام مناشدته دعا الشاهدین و قال: اتقیا و لا تقطعوا ید الرجل ظلماً ... «۲» فإنّ إنذار الإمام لهما، دلیل على أنّهما لو رجعا عن الشهادة، لسقط الحدّ، و إلّا لم یکن أیّ فائدة فی الإنذار.

و یؤید ذلک ما مرّ منّا فی کتاب القضاء من أنّ صدور الحکم و عدمه فی حدود اللّه سواء، فإنّه لا تأثیر لحکم القاضی فیها و إنما علیه العمل بالبیّنة فإذا

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من مقدّمات الحدود، الحدیث ۲.

قامت على ما یوجب الحدّ و کانت جامعة للشرائط یجرى الحدّ من دون حاجة إلى الحکم و ذلک لأنّ القضاء أمر راجع إلى فصل الخصومة بین المتحاکمین و هو فرع وجود المدّعی و المنکر، ثمّ الشاهد و القاضی، و الثلاثة الأخیرة و إن کانت موجودة فی مورد الحدود و لکن لا مدّعی فیها. حتى و لو رمى رجل أحداً بما یوجب الحدّ ثمّ أتى بالشهداء فلیس هو مدّعیاً بالحقیقة لأنّه یدعی أمراً لا صلة له به، و إنّما یصحّ الادعاء إذا کان للمدّعی صلة للمدّعى به و على ذلک یلحق هذه الصورة، بالصورة الأُولى التی تقدم فیها، أنّه لا یحکم.

و هل یسقط الحدّ فقط و یبقى التوابع فیحرم أُخت الغلام الموطوء و أُمّه و بنته، و أکل البهیمة الموطوءة المأکولة، و یجب بیعها فی بلد آخر و کذا الحکم فی المحکوم بالردة إذا رجع الشهود قبل قتله، فهل یسقط قتله للشبهة و تبقى قسمة ماله و اعتداد زوجته أو لا؟

ربّما یقال بالأوّل لأنّ مقتضى صدور الحکم عن میزان شرعی، هو ثبوت الموضوع أعنی: ما یوجب الحدّ (الزنا)، فإذا دل الدلیل على سقوط الحدّ یبقى سائر الآثار تحت الدلیل.

یلاحظ علیه أوّلًا: أنّ نفی الحد الذی من أظهر آثار الموضوع کالزنا، یلازم فی نظر العرف نفی الموضوع کسلب الشجاعة عن حیوان، المساوق لعدم کونه أسداً و مع ذلک کیف یمکن الحکم ببقاء سائر الآثار مع انتفاء الموضوع فی نظر العرف أی الزنا و اللواط و إن

شئت قلت إنّ التبعيض فى العمل بالآثار و إن كان أمراً ممكناً و لكنّه يتوقف على تعبد صريح.

و ثانياً: إنّك قد عرفت أنّ صدور الحكم فى مورد الحدود، من قبيل لزوم ما لا يلزم، فلا أثر له و اللازم على القاضى إجراء الحدود، إذا ثبت الموضوع بالبيّنة أو الإقرار و على ذلك فلا فرق بين هذه الصورة أعنى إذا رجع بعد الحكم و قبل الاستيفاء، و الصورة الأُولى أعنى إذا رجعا قبل الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۴۰

الصورة الرابعة: لو رجعا بعد الحكم و قبل الاستيفاء و لكن كان المشهود به حقوق الناس.

قال المحقّق: و فى نقض الحكم فى ما عدا ذلك من الحقوق تردد.

المراد كلّ ما كان خارجاً عن الحدود، كالعقوبات كالقتل على قول و الجرح، و العقود و الإيقاعات كالبيع و النكاح و الطلاق و الأعيان الخارجية قبل التسليم كما هو المفروض فى هذه الصورة و إلّا فلو كانت العين مسلّمة إلى الطرف فتدخل فى الصورة الخامسة الآتية و أمّا تردّد المحقّق فللوجهين التاليين:

۱- إنّ القضاء قد نفذ فيه و ليس هو ممّا يسقط بالشبهة حتى يتأثّر بالرجوع.

۲- إنّ الحكم لم يستقرّ بعد، و الظن قد اختلّ بالرجوع.

و هناك احتمال ثالث و هو إلحاق العقوبات كالقتل و الجرح بالحدود، و العقود و الإيقاعات بالمال لسهولة خطرها و ترجيحاً لجانب الآدمى، و إلحاق النكاح بالحدود لعظم خطرها و عدم استدراك فائت البضع. «۱»

و الأقوى هو الأوّل و الدليل عليه مضافاً إلى ما عرفت، هو مرسل جميل، حيث جعل الميزان هو الرجوع قبل القضاء و بعده، فتطرح شهادتهم فى الأوّل و لم يغرّموا، و يمضى الحكمُ فى الثانى مع ضمانهم حيث قال: فى الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا و غُرّموا. «۲» و إطلاقه يعمّ قبل التنفيذ و بعده و ما رواه هو أيضاً عن أبى عبد اللّه فى شهادة الزور: إن كان قائماً، و إلّا ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل. «۳» فصدره راجع إلى شاهد الزور الذى علم من الخارج كذبُ الشهود، لا الراجع عن شهادته سواء ادعى الخطأ أو

---

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۶۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۲ و ۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۴۱

ادّعى تعمد الكذب الذى نحتمل كذبه فى تكذيبه.

الصورة الخامسة: لو رجعوا بعد الحكم و تسليم المال للمحكوم له و لكن العين قائمة.

و هذه الصورة نفس الصورة الثانية و يختلفان فى تلف المال فيها دون المقام.

فقال المحقّق: الأصح أنّه لا يُنقض و لا تستعاد العين. و هو مختار الشيخ فى المبسوط حيث قال: و أمّا إن رجعوا بعد الحكم و بعد الاستيفاء أيضاً لم ينقض حكمه بلا خلاف إلّا سعيد بن المسيب و الأوزاعى فإنّهما قالا: ينقض و الأوّل أصحّ. «۱» و خالف فى النهاية حيث قال: و إن كان رجوعهما بعد حكم الحاكم غُرّما ما شهدا به، إذا لم يكن الشىء قائماً بعينه، فإن كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه و لم يلزما شيئاً. «۲»

و قال ابن إدريس: و من شهدا على رجل، ثمّ رجعا قبل أن يحكم الحاكم طُرحت شهادتُهما و لم يُلزَما شيئاً، بل يتوقف الحاكم عن إنفاذ الحكم، و إن كان رجوعهما بعد حكم الحاكم، غُرّما ما شهدا به سواء كان الشيء قائماً بعينه أم لم يكن كذلك، ثمّ نقل فتوى الشيخ عن النهاية و أورد عليه أنّ إجماع أصحابنا منعقد على أنّه إن رجع الشهود بعد حكم الحاكم، لا يلتفت إلى رجوعهما فيما حكم، و لا ـ يُنقض حكمه، لأنّ حكمَه مقطوع من جهة الشرع على صحّته، و رجوعهما يحتمل الصدق و الكذب فلا يُرجَع عن أمر مقطوع على صحّته بأمر مشكوك فيه محتمل. «۳»

و لعل الشيخ فی النهاية اعتمد على ما رواه جميل فی شاهد الزور الذی علم كذبه فی شهادته و أين هو من الراجع الذی يصف شهادته بالخطإ و الاشتباه أو

---

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۶.

(۲) الطوسی: النهاية: ۳۳۶.

(۳) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۴۸۱۴۷.

بالتعمد بالكذب الذی يمكن كذبه فی هذا التكذيب؟!

و المعتمد مضافاً إلى ما ذكره ابن إدريس هو مرسل جميل الذی يُفرِّق بين كون الرجوع قبل الحكم و بعده، كما مرّ.

فتخلص من هذا البحث أيضاً أنّ المسألة فی غير الحدود ذاتُ صورتين لأنّ الرجوع إن كان قبل الحكم، طُرحت شهادتهما و إلّا فلا يُنقض الحكم، سواء كان قبل الاستيفاء أو بعده و على فرض الاستيفاء سواء كان الرجوع قبل التلف أو بعده و أمّا الحدود فينقض الحكم فيها حتى بعد الحكم.

المسألة الخامسة: فيما إذا كان المشهود به قتلًا أو جرحاً

اشارة

كانت المسألة السابقة تدور حول رجوع الشاهد و كان المشهود به مالًا و أمّا إذا كان المشهود به قتلًا أو جرحاً و قد رجع الشهود بعد الحكم و الاستيفاء فللمسألة ثلاثة صور:

أ: أن يقول الجميع تعمّدنا الكذب.

ب: أن يقول الجميع أوهمنا.

ج: أن يقول بعضهم تعمّدنا و البعض الآخر أُوهمنا.

و قبل الدخول فی بيان الصور و أحكامها نذكر أمرين:

۱- إنّ حكم الشهود فی المقام، حكم المشاركين فی القتل بوجه المباشرة، فإنّ الشهود فی المقام و إن لم يكن لهم دور فيه مباشرة، إلّا أنّه لمّا كان السبب فيه أقوى من المباشر عُومل معهم معاملة المباشر و صاروا محكومين بحكم المباشرين فی القتل.

۲- الضابطة الكلية فی المقام هی أنّ الشهادة إن أوجبت قتلًا سواء كان ذلك بسبب الزنا، أو بسبب القصاص، أو الردّة فالبيّنة المتعمدة تقتل إن اختار

الولی القتل، و الخاطئة تحكم بدفع الدية، و لو كان بعض منها متعمداً و البعض الآخر خاطئاً فلكلّ حكمه فعلى المقرّ بالعمد القصاص، و على المقرّ بالخطإ نصيبه من الدية.

إذا علمت ذلک فلندرس أحکام الصور الثلاث:

أمّا الصورة الأُولی: فإذا قال الجمیع تعمّدنا

کان لولی الدّم أن یختار أحد الأُمور:

۱- قتل الجمیع و ردّ ما فَضُل عن دیة المقتول ظلماً إلی وارثهم.

۲- قتل واحد منهم و یردّ الباقون تکملة دیته بالحصص بعد وضع نصیب المقتول قصاصاً.

۳- قتل أکثر من واحد، و یردّ الولیّ ما فضل عن دیة صاحبهم و أکمل الباقون من الشهود ما یعوز بعد وضع نصیب المقتولین.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج۲، ص: ۴۴۳

مثلًا لو شـهد أربعـة علی الزنا بالإحصان، و رُجِمَ المشـهود علیه، ثمّ قالوا تعمّـدنا الکـذب، فقتل باختیار ولیّ الـدم الاثنان منهم و حُکِمَ علی الباقین بالدیـة، فالواجب علی کلّ من الباقین ربع الدیـة، فعلیهما جمیعاً نصف الدیة، و بما أنّ ولیّ الدم قتل مکان الواحد، الاثنین فعلیه الدیة الکاملة فیکون المجموع ستة أرباع، یُقسم بین ورثة المقتولین، بالمناصفة.

و أمّا الصورة الثانیة: فکما إذا قالا أخطأنا

، فعلیهم الدیـة فی أموالهم لأنّه شبه عمـد لقصـدهم الفعل المؤدّی إلی القتل و إن لم یقصـدوا نفس القتل و لم یکن الفعل منجراً إلی القتل غالباً. و لیس خطأ محضاً حتی تکون الدیة علی العاقلة، مضافاً إلی أنّ ظاهر النصوص ککون الدیة فی أموالهم کمعتبر السـکونی «۱» أو علیه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۲، ص: ۴۴۴

کمعتبر مسمع. «۱»

و أمّا الصورة الثالثة: فکما إذا اختلفوا بین قائل بالتعمد و قائل بالخطإ

، فعلی المقرّ بالعمد القصاص، و علی المقرّ بالخطأ نصیبه من الدیة.

ثمّ إنّ ولیّ الـدم مخیّر بین قتل المقرّین بالعمـد أجمع و ردّ الفاضل عن دیـة صاحبه و قتل البعض و ردّ الباقین قـدر جنایتهم، حسب ما قرر فی کتاب القصاص فی حکم المشترکین فی القتل عمـداً و خطأ و المقصود بالمشارکـة هناک و إن کان هو المشارکة بالمباشـرة، لکن التسبیب لما کان أقوی من المباشر فی المقام یعامل معه معاملة المشارکة کما مرّ هذا حسب القاعدة.

و قد ورد فی خصوص المقام مضافاً إلی مقتضی القاعدة نصوص:

منها صـحیح ابن محبوب عن بعض أصـحابه عن أبی عبـد اللّه فی أربعـة شـهدوا علی رجل محصن بالزنا ثمّ رجع أحـدهم بعـد ما قُتل الرجل. قال: «إن قال الراجع أُوهمتُ، ضـرب الحـدّ و أُغرم الدیة و إن قال تعمّدت، قتل» «۲» إلی غیر ذلک ممّا یوضـح ما ذکرناه مثل صحیح ابن قیس «۳» و معتبر السکونی. ۴

و بما ذکر یعلم أنّه لو قال أحدهما أو أحدهم فیما إذا کان المشـهود به زنا، تعمدتُ و لم یصدقه الآخر، لم یمض إقراره إلّا علی نفسه

فحسب لعدم مؤاخذة أحد بإقرار غيره.

و لو شـهدا بما يوجب الجلـد، فجلـد فمات صدفـة، ثمّ قال أحـدهم تعمدت الكذب يحكم بدفع الدية حسب شـهادته، و الدية عليه لا على العاقلة لأنّه شبه العمد، لأنّه قصد السبب، لا المسبب أی الموت و لم يكن السبب منتهياً إلی الموت

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱. و لعلّ المراد من الحدّ، التعزير و يحتمل أن يراد حدّ القذف لعدم تمامية النصاب المعتبر فيه.

(۳) ۳- ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱، ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۴۵

غالباً كما إذا كان المجلود سالماً و ليس الجلد، فی مثله سبباً للموت لكن اتّفق.

نعم خالف الشيخ و جعل إقراره بتعمده للكذب، نافذاً فی حقّ سائر الشـهود الّذين بقوا علی شـهادتهم حيث قال فی الزنا المحصن إذا رجع أحـد الشـهود و قال تعمـدت: قتل و أدّی إلی ورثته الباقون ثلاثـة أرباع الديـة «۱» و لعلّه اعتمـد علی ظـاهر خبر إبراهيم بن نعيم الأزدی قال: سألت أبا عبـد اللّه عليه السَّلام عن أربعـة شـهدوا علی رجل بالزنا فلما قُتل رجع أحـدهم عن شـهادته قال: «يقتل الراجع و يؤدی الثلاثـة إلی أهله ثلاثة أرباع الدية». «۲» و يُحمـل علی صورة اعتراف الباقين بالخطإ، علی أنّ إبراهيم الأزدی لم يعنون فی كتب الرجـال و إنّما المعنون هو إبراهيم ابن نعيم العبـدی المعروف بأبی الصـباح الكنانی الثقـة. نعم ذكر السيّد الخوئی فی معجمه مواضع رواياته فی الكتب الأربعة من دون أن يذكر شيئاً فی حقّه من نفسه أو من جانب الغير.

المسألة السادسة: فی شاهد الزور

المراد من شاهـد الزور، من علم كـذب شـهادته بـدليل خـارج لا بإقراره إذ يكون عندئـذ رجوعاً، و لا بالبيّنـة، لأنّه يـدخل فی تعارض البيّنات و لا ينقض الحكم بالبيّنة المعارضة المتأخرة و علی كلّ تقدير أنّ المشهود عليه عندئذ إمّا أن يكون مالًا، أو قتلًا.

فعلی الأـوّل، الأـمر سـهل ينقض الحكم للعلم بفسـاده و يستعاد المال. و لو تلف غُرِّم الشـهود و يـدل عليه الصـحيحان «۳» لمحمّد بن مسلم، و جميل بن درّاج.

و علی الثانی لا موضوع للنقض فيثبت عليهم القصاص و كان حكمهم

---

(۱) النهاية: ۳۳۵.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۴۶

حكم الشهود إذا رجعوا بل هنا أولی لأنّ شاهد الزور أسوأ حالًا ممّن شهد و رجع فإذا ثبت الحكم فی الثانی ففی الأوّل بوجه أولی.

نعم لو باشـر الولیّ القصـاص و اعترف بـالتزوير و أنّه كـان عالماً بكـذب شـهادتهم، يقتص من الولیّ لأنّ المباشـر فی المقام أقوی من السبب بخلاف ما لو اعترف الولی بالخطإ، فكان عليه الدية، و القصاص علی الشهود لكون السبب عندئذ أقوی من المباشر.

و لو اعترف الجميع بالتزوير ففيه وجهان:

۱- إنّ القصاص عليه لأنّه المباشر، و الشهود كالممسک مع القاتل فإنّ القصاص علی القاتل و علی الشهود، التعزير و التشهير و النفير.

۲- القصاص على الجميع لأنّه معهم كالشريک.

المسألة السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا

إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا، فله صورتان:

الأُولى: أن تكون شهادتهما بالطلاق بعد دخول الزوج بها.

الثانية: أن تكون شهادتهما بالطلاق قبل دخول الزوج بها.

و مفروض الكلام فی المقام ما إذا لم تتزوّج بعد الاعتداد.

قال الشيخ: و أمّا إن شهدا بالطلاق ثمّ رجعا، لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول فعليهما مهر مثلها عند قوم و قال آخرون لا ضمان عليهما و هو الأقوى عندی لأنّ الأصل براءة ذمّتهما و إذا شهدا بالطلاق قبل الدخول ثمّ رجعا فإنّ الحكم لا ينقض و عليهما الضمان عند قوم و كم يضمنان؟ قال قوم: كمال المهر، مهر المثل و قال آخرون: نصف المهر و هو الأقوى و من قال بهذا، منهم من قال نصف مهر المثل، و منهم من قال

نصف المسمّى و هو الأقوى عندنا. «۱»

و الظاهر من الشيخ و من كلام المحقّق، عدم نقض الحكم فی الصورتين و إن صرح الشيخ به فی الصورة الأُولى، لصدور الحكم وفق الميزان الشرعی و لم يعلم فساده برجوعهما. و لذلک ركّز الكلام على ضمان الشاهد للزوج الشرعی و فصّل بين الدخول و عدمه.

فعلى الأُولى، لا يضمن الشاهدان شيئاً، لأنّ المهر كلّه وجب بالدخول سواء طلّق أم لا، فشهادتهما على الطلاق، لم تؤثر فی لزوم المهر عليه. نعم صارت سبباً لحرمان الزوج من الانتفاع بالبضع و لكن منافعها لا تضمن و إلّا فلو قتلها الغير أو حبسها يلزم ضمانه منافع البضع للزوج.

و على الثانية، ضمنا نصف المهر المسمّى لأنّهما لا يضمنان إلّا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة و هو النصف «۲».

يلاحظ عليه: بأنّه لو صحّ ما ذكره فی الصورة الأُولى يلزم عدم ضمانهما أيضاً شيئاً، لأنّ نصف المهر ثبت على الزوج بنفس العقد، و لم تؤثر الشهادة و الطلاق فی ثبوت المهر عليه. و ذلک لأنّ الطلاق قبل الدخول موجب للتنصيف أی سقوط النصف الثانی و بقاء النصف الأوّل على ذمّته. قال سبحانه: (وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ إِلّٰا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ) (البقرة/ ۲۳۷). فالنصف كان ثابتاً عليه من أوّل الأمر، فلم تؤثر الشهادة فی ثبوته عليه.

نعم إنّ هنا صورة أُخرى ذكرها الشيخ فی النهاية و لم يتعرض لها المحقّق و ورود النصّ فيها و إليک البيان:

قال الشيخ: و إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت و تزوّجت،

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۴۷، و لاحظ الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۷۷ و ۷۸ و اقتصرنا بعبارة الأوّل لكونها أخصر.

(۲) نجم الدين الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۴۴.

و دُخِل بها ثمّ رجعا، وجب عليهما الحدّ و ضمنا المهر للرجل الثانی و تُرْجَع المرأةُ إلى الأوّل بعد الاستبراء بعدة من الثانی «۱» و يقرب منه تعبير القاضی فی المهذّب. «۲»

و قد جاء فی كلام الشيخ رجوع الشاهدين أوّلًا، و وجوب الحدّ على الشاهدين ثانياً، و لعلّ المراد منه التعزير و يحتمل أن يكون مستند فتواه الحديثين التاليين:

۱- صحیح محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السَّلام فی رجلین شهدا علی رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها، فاعتدّت المرأة و تزوّجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم فزعم أنّه لم یُطلّقها و أکذب نفسه أحدُ الشاهدین. فقال: «لا سبیل للأخیر علیها، و یؤخذ الصداق من الذی شهد و رجع فیردّ علی الأخیر و یفرّق بینهما و تعتدّ من الأخیر و لا یقربها الأوّل حتی تنقضی عدّتها». «۳»

و الحدیث خال من ضرب الشاهدین، و لو کان طلاقها بحکم الحاکم فمعنی الردّ إلی الأوّل أنّه ینقض الحکم مع أنّ المعروف أنّ الحکم لا ینقض برجوع الشاهد لعدم العلم بالفساد.

۲- صحیح إبراهیم بن عبد الحمید عن أبی عبد اللّه علیه السَّلام فی شاهدین شهدا علی امرأة بأنّ زوجها طلّقها، فتزوّجت، ثمّ جاء زوجها فأنکر الطلاق. قال «یُضرَبانِ الحدّ، و یُضمّنان الصداقَ للزوج ثمّ تعتد ثمّ ترجع إلی زوجها الأوّل». ۴

و الحدیث و إن کان مشتملًا علی ضرب الشاهدین لکنّه خال عن تکذیب نفسهما و أمّا الضرب فیمکن أن یکون دلیلًا علی التکذیب فتکون دلیلًا علی المسألة کما یمکن أن یکون دلیلًا علی کشف الحاکم عن کون الشهادة، شهادة زور. فلا تکون دلیلًا علیها لأنّ النقض بعد انکشاف حال الشاهد أمر قطعی، بخلاف

---

(۱) الطوسی: النهایة: ۳۳۶.

(۲) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۶۳.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳، ۱.

المقام أی الرجوع فإنّ فساد القضاء فی الأوّل قطعی دون الثانی فلو قیل بالنقض فی الأوّل فلا یکون دلیلًا علیه فی الثانی.

و فی سنده «إبراهیم بن هاشم» الذی هو عندنا فوق الثقة و إن کان الأصحاب یعبرون عن أحادیثه بالحسن، لکنّه منهم من باب الجمود علی عدم ورود لفظ الثقة فی ترجمته، مع أنّه ورد فیها ما هو فوقها. و أمّا إبراهیم بن عبد الحمید فهو ثقة و من أصحاب الصادق و الکاظم علیهما السَّلام.

و علی کلّ تقدیر لا غبار فی سند الروایتین إنّما الکلام فی انطباقهما علی مقتضی القواعد لأنّ هناک تساؤلات، اثنان منها یختصان بالروایة الثانیة و الآخران یعمّان کلتا الروایتین و إلیک البیان:

۱- لما ذا یضرب الشاهدان الحدّ؟! حسب الروایة الثانیة، مع أنّ إنکار الزوج لا یوجب تبیّن کذب الشهود و لعلّ الزوج هو الکاذب.

و الجواب أنّه یحتمل أن یکون الضرب، لشهادته الکاذبة حیث أکذب نفسه کما فی الروایة الأُولی و هی قرینة علی التصرف فی الثانیة.

۲- سلّمنا أصل الضرب لکن لما ذا یضرب الحدّ کما فی الروایة الثانیة مع أنّ من تسبّب للزنا لا یحدّ حدّ الزانی؟!

و الجواب أنّه من المحتمل أن یکون المراد منه التعزیر و قد استعمل لفظ الحدّ فیه فی الروایات بکثیر.

۳- لا وجه لضمان الشاهدین المهر للزوج الثانی، أمّا قبل الدخول، فلیس علیه شیء مع بطلان نکاحه، و أمّا بعده فقد استقرّ علیه المهر بالدخول.

و لقائل أن یقول أنّ مورد الروایة هو دخول الزوج الثانی بقرینة الاعتداد فی صحیح محمّد بن مسلم و أمّا ضمان الشاهد المهرَ للزوج الثانی، مع استقرار المهر علیه بدخوله سواء أ کانت هناک شهادة أم لا، فهو أنّ الشاهدین لمّا شهدا علی

طلاق الزوج الأوّل فعندئذ أقدم الزوج الثانی تعویلًا علی شهادتهما بکون المهر علیه علی أن یکون البضع له دائماً لا موقتاً، و قد تبیّن خلاف ما أقدم بکذب الشاهدین و إغرارهما إیّاه فیضمنان و إلی هذا یشیر المحقّق الأردبیلی بقوله: إنّ المهر مقابل البضع دائماً لا

مقابل دخول واحد و عدم ضمانه فی بعض المواضع «۱» لا یدل علی العدم مطلقاً. «۲»

فإن قلت: ما الفرق بین المسألة السابقة أعنی: ما إذا شهدا علی طلاق زوجته بعد الدخول بها، ثمّ رجعا حیث قلنا بعدم الضمان لأنّ ذمّته اشتغلت بالمهر قبل الشهادة علی الطلاق و الرجوع عنه و بین هذه المسألة، أعنی: ما إذا تزوّجت بعد الشهادة علی الطلاق برجل آخر ثمّ رجعا حیث قلنا بضمانهما مهرها، مع أنّ ذمّة الزوج الثانی اشتغلت بالدخول بمهر المثل، لکونه دخولًا عن شبهة قبل الرجوع، فلیس لرجوعهما دور فی الاشتغال بعد حصوله بالدخول، قبل الرجوع.

قلت: الفرق واضح و هو عدم الغرور فی الصورة الأُولی فی اشتغال ذمّة الزوج الأوّل بالمهر، و إنّما کان لهما دور فی انقطاع الزوجیة، فی الأثناء و قد حصل الاشتغال قبل الانقطاع و هذا بخلاف الصورة الثانیة فإنّ لهما دوراً فی حصول أصل الاشتغال بالمهر من بدء الأمر، حیث شهدا بکونها مطلقة، و بذلک غرّرا الزوج الثانی فی أصل التزویج و مهرها فهو و إن أقدم علی نصف المهر قبل الدخول و تمامه عنده، لکن فی مقابل کونها زوجة لها، لا فی مقابل وطء الشبهة فما أقدم علیه لم یکن حاصلًا، و ما حصل لم یکن مُقْدِماً علیه و إنّما حصل من تغریر الشاهدین علی أنّ المرأة مطلقة. فافهم.

---

(۱) لعلّ مراده منه، هو المسألة المتقدّمة: إذا شهد علی الزوج بأنّه طلّق، ثمّ أکذبا نفسهما، و لم تتزوج المرأة بآخر، و سیتضح الفرق بما نذکره فی المتن بصورة الاعتراض و الجواب.

(۲) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۰۲.

۴ لما ذا ینقض الحکم بمجرّد إنکار الزوج علی ما فی روایة إبراهیم بن عبد الحمید أو بإکذاب الشاهد نفسه کما هو صریح صحیح محمّد بن مسلم، مع صدوره علی وفق الموازین الشرعیة و لم یعلم فساد القضاء و قد اشتهر أنّ الحکم لا ینقض برجوع الشاهد.

و هذه هی المشکلة المهمّة فی الحدیثین فقد حاول الأعلام تصحیحه بوجوه:

أ: حملهما علی تزویجها بشهادتهما من دون حکم حاکم، ثمّ لما جاء الزوج، رجعا عن الشهادة و اعترفا بأنّهما شهدا زوراً فتکون الروایة أجنبیّة عن مفروض الشیخ. قال العلّامة: إنّ المرأة لا- تردّ إلی الأوّل و لا- یُنقض الحکم بالطلاق إلی أن قال: فنحن فی هذه المسألة من المتوقفین و لا- بأس بحمل کلام الشیخ فی النهایة بالردّ علی الأوّل بعد العدة علی أنّها تزوّجت بمجرد الشهادة من غیر حکم حاکم بذلک. «۱»

ب: حملهما علی ما إذا ظهر فساد الحکم لفسق الشاهد أو خروجه عن الأهلیة قال الفاضل الاصفهانی: یمکن حمل الخبرین علی أنّ الزوج کان غائباً کما نُصّ علیه فیهما فلما حضر، أنکر، و أظهر فسق الشاهد أو ما یخرجه عن الأهلیة. «۲»

ج: حملهما علی ما إذا لم یتم أرکان الحکم، قال فی الجواهر: إنّ الرجوع فی الحکم علی الغائب، یَنقض الحکم لعدم تمامیة الحکم قبل حضور الخصم، فیحمل أحدهما حینئذ علی الآخر و یکونان مستند الحکم فی ذلک، مؤیداً بإمکان کون ذلک، من بقاء الغائب علی حجّته، التی منها رجوع الشاهد عن شهادته کمعارضة البیّنة، بیّنة أُخری إذ معناه أنّ کلّ ما هو حجّة له مع فرض عدم الحکم، فهو باق علیها، و منها ذلک، و السبب عدم الفصل التام قبل حضوره بل هو

---

(۱) ابن المطهر: مختلف الشیعة، کتاب القضاء: ۱۷۴.

(۲) الاصفهانی: کشف اللثام: ۲.

إجراء حکم الشهادتین و لا ینافی ذلک إطلاقهم عدم نقض الحکم برجوع الشاهد، المنصرِف إلی غیر المفروض. «۱»

إنّ ما ذکروه من الوجوه فروض مختلفهٔ لکل حکمه:

أمّا الأوّل: فلا موضوع للنقض، لأنّه تزوج اعتماداً علی الشهادهٔ بلا حکم الحاکم. فتردّ إلی الزوج الأوّل حتی یثبت خلافه.

و أمّا الثانی: فلزوم النقض واضح، لتبیّن فساد الحکم أو عدم صدوره عن میزان شرعی. و کلا الحملین محتملان.

و أمّا الثالث: فهو مشکل لأنّه إذا کان أرکان الحکم ناقصهٔ و الغائب علی حجّته، فکیف یرخص لها التزویج بالثانی؟ و هذا أشبه بما إذا حکم لأحد المترافعین حکماً باتاً من دون سماع دلیل الطرف الآخر.

فلو صحّ التصرّف للمحکوم له مع غیبهٔ المحکوم علیه فإنّما یصحّ فی الأموال الّتی یتدارک بالمثل أو القیمهٔ لو بان الخلاف بحضور الغائب و أمّا الأعراض أو النفوس، فلا یکون الحکم قطعیاً، ما لم یحضر الغائب.

فلاـ محیص عن الأخذ بمفاد الروایهٔ تعبّداً، و أنّه یعامل مع التکذیب، معاملهٔ شاهد الزور، فکما أنّه ینقض هناک فکذا المقام قال المحقّق الأردبیلی: الروایهٔ مخالفهٔ لما تقرر عندهم من أنّ الرجوع بعد الحکم لاـ أثر له ثمّ قال: و من احتمال النقض بعد الحکم بالرجوع أیضاً. «۲»

ثمّ إنّ هنا فرعین آخرین:

۱- تلک الصورهٔ و لکن تبیّن أنّ الشهادهٔ کانت شهادهٔ زور و هذه الصورهٔ هی التی جاءت فی الاحتمال الأوّل و لزوم النقض و الضمان واضحان.

۲- إذا شهدا بموت الزوج فتزوّجت ثمّ جاء الزوج فیبطل التزویج الثانی و

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۲۳۳.

(۲) الأردبیلی: مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۵۰۲.

تحرم علیه مؤبداً و تدل علی البطلان صحیحهٔ أبی بصیر. «۱»

فروع

الفرع الأوّل: فی حکم الرجوع فی الأموال

إنّ المشهود به یثبت تارهٔ برجلین، و أُخری برجل و امرأتین، و ثالثهٔ بشاهد و یمین، و رابعهٔ بأکثر من العدد الذی یثبت به الحقّ، کثلاثهٔ فی المال و القصاص، و بستهٔ فی الزنا.

أمّا الأوّل: فإن رجعا معاً عن شهادتهما بعد الحکم، ضمنا بالسویهٔ لتساویهما فی التسبّب المقتضی لذلک. و إن رجع أحدهما ضمن النصف بمقدار تسبّبه.

أمّا الثانی: أعنی ما إذا ثبت بشاهد و امرأتین فلو رجعوا ضمن الرجل النصف و ضمنت کلّ واحدهٔ الربعَ لأنّهما بمنزلهٔ رجل واحد، و لو رجعتا دون الرجل تضمنان النصف.

فإن قلت: لازم ما ذکروه فی مشارکهٔ عدّهٔ فی القتل، هو التقسیط علی وجه التساوی بین الراجعین سواء رجع الجمیع، أو رجع الرجل، أو المرأتان ففی مسألهٔ المشارکهٔ، یساوی فی الدیهٔ و القصاص، من جرح بواحد مع من جرح بأکثر منه فمثله المقام فإنّ کون الرجل معادلًا للمرأتین فی مقام الشهادهٔ، لا یکون دلیلًا علی کونه کذلک فی مقام تقسیط الدیهٔ أو الغرامهٔ.

قلت: ما ذكرته لا يعدو من كونه قياساً، مع أنّ معنى شـهادته يعادل شـهادة المرأتين أنّ شهادته تتلقى شهادتين فلو شهد الرجل الواحد فكأنّه شهدت المرأتان، ففى مثله يتحمّل الرجل، غرامة النصف و هاتان، النصف الآخر.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۴

أمّا الثالث: أعنى ما إذا ثبت بشاهد و يمين، فلو رجع الرجل، ضمن النصفَ سواء قلنا بثبوت الحقّ بهما على وجه الجزئية، أم قلنا بثبوت الحقّ بالشاهـد و شـرطية يمين المـدّعى، إذ لا كلام فى مدخليـة كلّ فى الثبوت، عندئـذ و تتلقى يمين المـدّعى بمنزلـة شاهـد مسـتقل فكيف لا تُقَسّط الديةُ أو الغرامة عليها.

نعم لو أكـذب الحالف نفسه اختص بالضـمان سواء رجع الشاهـد أم لا و ذلك لأنّ العين لا تخلو إمّا أن تكونَ باقيـة، فتؤخذ بإقراره و يحكم بلزوم الرد على صـاحبه أو تكون تالفـة فيحكم عليه بالضـمان لأنّه أتلف مال الغير و ضـمان المتلف حكم وضـعى يشترك فيه العالم و الجاهل و القاصر و المقصر.

و أمّا الرابع: أعنى ما إذا شهد الأكثر من العدد الذى يثبت به الحقّ كالثلاثة فى المال و القصاص و الستة فى الزنا فنقول:

أمّا الرجوع فلا يمنع عن الحكم، و الاستيفاء لكون العدد الباقى بيّنة تامة بعد رجوع الراجع.

إنّما الكلام فى ضـمان الراجع، فلو رجع قبل الحكم فلا ضـمان عليه لعـدم تسـبّبه فى الحكم بالرجوع نعم لو رجع بعـد الحكم و كان المشهود به مالًا و الشهود رجالًا «۱» سواء استوفى أو لا، ففيه قولان:

۱- إنّه يضـمن بقسطه قال الشيخ: و إن كان ثبوته بثلاثة رجال فإن رجعوا كلّهم فالضمان عليهم أثلاثاً، و إن رجع واحد منهم، قال قوم عليه الثلث كما لو رجع الكلّ فعلى كلّ واحد، الثلث.

۲- لا ضمان عليه، و أشار إليه أيضاً بقوله: و قال آخرون لا ضمان عليه، لأنّه قد بقى بعد رجوعه من يثبت الحقّ بقوله. «۲»

---

(۱) هذا الشق هو الذى يذكره المحقق فى الفرع الثانى، و قد ذكرناه فى المقام.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۵

و الأقوى هو الأوّل لتسـبب كلّ احـد فى الحكم، بشـهادة أنّه لو رجع الكلّ كان الضـمان عليهم أثلاثاً و هـذا يـدل على كونه مؤثراً فى الحكم، و ثبوت الحكم بـدون الراجع، لاـ يكون دليلًا على عـدم مـدخليته عنـد وجوده فى ثبوت الحكم، بل رجوعه بعـد الحكم أشـبه بموته بعده فلا يكون رافعاً للضمان.

و بالجملة بقاء البيّنة بعد رجوع أحدهم لا يكون دليلًا على اختصاص الضـمان بالباقى بعد كون الحكم مستنداً إلى الثلاثة و الميزان هو التسبب حال الحكم و الكلّ فى ذلك سواسية.

و يمكن اسـتظهاره من صحيح محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدى من المال الذى شهد عليه بقـدر مـا ذهب من مـاله إن كـان النصف أو الثلث إن كان شـهد هـذا و آخر معه»: «۱» حيث إنّ مقتضـى إطلاـقه، كونه محكوماً بمقدار سببيّته سواء رجع الجميع أو رجع وحده.

و قد نسب فى الجواهر القول الأوّل إلى المحكىّ عن الشيخ و ابن سعيد، و لكن الشيخ نقل القولين و لم يرجح أحدهما على الآخر «۲» إلّا أنّه يستظهر رأيه من الفرع الآتى و أمّا ابن سعيد، فقد ذكر رجوع الجميع و لم يذكر رجوع البعض و قال: و لو شهد به ستة رجال و رجعوا كانت «۳» أسداساً. و لا يكون الاشتراك فى هذه الصورة دليلًا على الاشتراك فيما إذا رجع البعض و بقى ما يثبت به الموضوع.

هذا إذا كان الشهود، رجالًا و أمّا إذا كانوا مختلفين بأن شهدت، عشر نسوة مع شاهد، فرجع الرجل قال الشيخ: و إن كان ثبوته برجل و عشرة، فإن رجع الكل فعلى الرجل السدس، و على كلّ واحدة منهنّ نصف السدس، و قال قوم: على الرجل النصف، و عليهنّ النصف لأنّ الرجل نصف البيّنة فيضمن نصف

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۸.

(۳) ابن سعيد الحلّى: الجامع للشرائع: ۵۴۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۶

المال و الأوّل الأقوى. «۱»

و قال فى الخلاف: إذا شهد رجل و عشرة نسوة بمال على رجل و حُكِم بقولهم ثمّ رجع الكلّ عن الشهادة، كان على الرجل حدّ من المال و الباقى على النسوة، و به قال أبو حنيفة و الشافعى. و قال أبو يوسف و محمّد: على الرجل النصف، و عليهنّ النصف لأنّ الرجل نصف البيّنة فضمن نصف المال دليلنا إنّ المال يثبت بشهادة الجميع فضمن الكلُّ غرامته، و الرجل سدس البيّنة، فيجب أن لا يلزمه أكثر من ذلك، و لأنّ كلّ امرأتين فى مقابلة رجل، فكانت العشر نسوة بإزاء خمسة رجال، فصار الشاهد بالحقّ كأنّهم ستة رجال، و لو كانوا ستة رجال فرجعوا لم يلزمه أكثر من السدس و كذلك هاهنا، على الرجل، السدس، و على كلّ امرأتين، السدس. «۲»

و تردد المحقق فيها و قال: و لو كان الشاهد عشر نسوة مع شاهد فرجع الرجل ضمن السدس، و فيه تردد. «۳»

و لعلّ وجه التردد أنّه إذا كان المشهود به ما لا يثبت بنساء منفردات و إنّما يثبت برجل و امرأتين فالرجل يعدُّ فى مثله نصف البيّنة، و ما عداه سواء كان اثنتين أو أزيد إلى أن تصل عشراً، النصف الأُخرى لها، و على ذلك يكون سهم الرجل من الغرامة، هو النصف مطلقاً سواء انضمت إليه المرأتان أو أزيد. و يؤيده ما ذكرناه فيما إذا شهد رجل و امرأتان، و رجع الرجل، أنّ عليه النصف. هذا من جانب.

و من جانب آخر و هو أنّ كلّ امرأتين بمنزلة رجل فكانت العشرة نسوة بإزاء خمسة، فالأقوى التقسيط و التصالح أولى.

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۸.

(۲) الطوسى: الخلاف: ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۸۰.

(۳) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۷

الفرع الثانى: فيما لو كان الشهود أزيد من النصاب و رجع واحد منهم

قال المحقّق: لو كان الشهود ثلاثة، ضمن كلّ واحد منهم الثلث، و لو رجع واحد منفرداً. و ربّما خطر أنّه لا يضمن لأنّ فى الباقين ثبوت الحقّ، و لا يضمن الشاهد، ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له. و الأوّل اختيار الشيخ رحمه اللّه.

قد عرفت الحقّ فى الفرع السابق، و ما ذكر من الدليل إنّما يناسب إذا رجع قبل الحكم فيصحّ أن يقال: «و لا يضمن الشاهدُ ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له» و أمّا بعده فلم يحكم بشهادة الغير وحده و إنّما حكم بشهادته و شهادة الراجع و لم يكن القاضى عالماً برجوعه حتى يعتمد فى حكمه قبل رجوعه على الباقين.

و قـال أيضـاً: و كـذا لو شـهد رجـل و عشـر نسوة فرجع ثمان منهنّ كان على كلّ واحـدة نصف السـدس لاشتراكهم فى نقل المال، و الإشكال فيه كما فى الأوّل.

و قـد تبيّنت الحال فى هـذه المسألـة و أنّ أحـد النظرين يقتضـى كون الرجل محكوماً بـدفع ضـعف ما على كلّ واحـدة منهن و المرأة محكومة بدفع نصف ما عليه و النظر الآخر يقتضى كون الرجل محكوماً بدفع النصف، و المجموعة من الشاهدات بدفع النصف الآخر. غير أنّ المحقق أبـدى نظر ثالثـاً، و هو براءة الراجعات من الغرامـة بتاتاً لأنّ فى الباقى أعنى الرجل و المرأتين ثبوت الحقّ، و قـد عرفت ضعفه.

الفرع الثالث: لو قامت البيّنة بالجَرْح بعد الحكم

لو قامت البيّنة بالجرح بعد الحكم، فله صور ثلاث:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۸

۱- إذا قامت بالجرح مطلقة من دون تعيين وقت فسقِهم.

۲- إذا قامت مؤرّخة و كان فسقهم متقدماً على الشهادة.

۳- إذا قامت مؤرّخة و كان فسقهم بعد الشهادة و قبل الحكم.

أمّا الصورة الأُولى، أعنى: إذا قامت البيّنـة بالجرح مطلقـة من غير تاريـخ، لم ينقض حكمه لأنّه يحتمل أن يكون الفسق بعـد الحكم، و يحتمل أن يكون قبله، فلا ينقض حكمه بأمر محتمل. «۱» و قد تقدم مراراً، أنّ النقض فيما علم فساد نفس الحكم أو عدم صدوره عن ميزان شرعى و المفروض عدم العلم بهما.

أمّا الصورة الثانيـة، أعنى: إذا كانت بيّنـة الجرح مؤرخة و كان الفسق منهما قبل أداء الشـهادة مثلًا قامت البيّنة أنّهما قذفا حرّاً قبل الأداء بيوم فينقض لأنّ الشرط هو العدالة الواقعية حين الأداء لا الظاهرية المعلوم انتفاؤها واقعاً.

أمّا الصورة الثالثة، أعنى: إذا كانت بيّنة الجرح مؤرخة و كان الفسق بعد أداء الشـهادة و قبل الحكم، فقد سـبق أنّه لا يُنقض الحكم لما عرفت من أنّ المعيار، كون الشاهد عادلًا وقت الأداء و المفروض كونه كذلك.

فإذا جاز النقض فلا يخلو أنّ المستوفى به إمّا أن يكون حدّاً من قتل أو قطع أو مالًا.

فعلى الأوّل فلا مورد لأنّه صـدر عن خطأ الحاكم. بل تتعين الديـة و اختلفوا فيمن عليه الديـة فهل هو على الحاكم، أو المزكّين أو على بيت المال قال الشيـخ: أمّا الدية فإنّها على الحاكم، و قال قوم: الضمان على المزكّين، و روى أصحابنا أنّ ما أخطأت الحكام فعلى بيت المال. «۲»، و لعلّ المراد من القول الأوّل أنّ الحاكم يؤدى من بيت المال فيتّحـد مع القول الثالث و لم يذهب أحد من الأصحاب إلى القول الثانى.

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۹.

(۲) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۴۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۵۹

روى الصدوق و الشيخ باسـنادهما إلى الأصـبغ بن نباتة قال: قضـى أمير المؤمنين عليه السَّلام أنّ ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين. «۱»

روى الكلينى بسـند صحيح عن ابن فضال الفطحى الثقة «۲» عن يونس بن يعقوب الـذى قال النجاشـى فى حقّه: كان موثقاً عند الأئمّة

عن أبى مريم أعنى: عبد الغفار بن القاسم بن قيس الثقة عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام أنّ ما أخطأت به القضاة فى دم أو قطع فعلى بيت المال المسلمين». «۳» فكلّ ما أخطأ القاضى فى باب الحدود لا قود فيه، بل فيه الدية و يتحمّله بيت المال المعد لمصالح المسلمين.

و بما أنّ تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلّيّة، فالمتبادر من الرواية أنّ كلّ مورد، يكون خطأ القاضى سبباً لإراقة دم أو قطع عضو فالدية على بيت المال لئلا يبطل دم مسلم.

فإذا كان هذا مفاد الحديث فلا فرق بين ما باشر الحاكم القتلَ أو وكيلُه، أو الولىّ، فإنّ القتل أو القطع يستندان عرفاً إلى خطأ القاضى، لا إلى فعل المباشر لأقوائية السبب من المباشر، و يكون الرواية أخصّ ممّا دلّ على لزوم الدية على الخاطئ، لو لم نقل أنّه منصرف إلى ما لم يستند فى عمله، إلى أمر الحاكم.

و بذلك يظهر ضعف التفصيل فى الشرائع من كونه على الولى إذا باشر بعد حكم الحاكم و قبل إذنه، و على بيت المال إذا باشر بعد الحكم و الإذن.

و مقتضى إطلاق النصّ، كونه مطلقاً على بيت المال إذا كان لخطأ القاضى دور فى القتل و القطع.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

(۲) يطلق ابن فضال تارة على الولد و أُخرى على الوالد يعنى: على بن الحسن بن على بن فضال و كلاهما فطحيان ثقتان.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۷ من أبواب دعوى القتل، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۶۰

و أمّا إذن القاضى فلو قيل باعتباره بعد صدور الحكم، فإنّما هو أمر طريقى لحفظ الانضباط و دفع الفوضى و ليست له موضوعية فى الضمان و عدمه، فالمباشرة، بعد الحكم و قبل الإذن، كالمباشرة بعدهما.

هذا كلّه إذا كان المشهود به حدّاً و أمّا إذا كان مالًا فلو كان موجوداً يُستعاد بلا كلام، لتبين فساد القضاء و إن كان تالفاً فهنا وجوه:

۱- كونه على المشهود له لأنّه ضمن بالقبض، بخلاف القصاص سواء كان موسراً أو معسراً.

۲- التفصيل بين كونه موسراً فعلى المشهود له، و كونه معسراً فعلى الإمام و لكن إذا أيسر يرجع إليه الإمام.

قال الشيخ: و إن كان المشهود له هو القابض و كان موسراً غرم ذلك، و إن كان معسراً ضمن الإمام حتى إذا أيسر رجع الإمام عليه و الفرق بين هذا و بين الدية أنّ الحكم إذا كان بالمال حصل فى يد المشهود له ما يضمن باليد لأنّ ضمان الإتلاف ليس بضمان اليد. «۱»

و أورد عليه المحقّق باستقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال فى يده فلا وجه لضمان الحاكم.

و قد اتفق القولان على أنّ الضمان على المشهود له إمّا ابتداءً أو استقراراً كما إذا كان معسراً ثمّ صار موسراً عند الشيخ، لكن يستقر الضمان على المشهود له لأنّ العين تلفت فى يده.

و هناك وجه ثالث و هو أنّه لا شكّ فى ضمان المشهود له لأنّه تلف بيده أو أتلفه إنّما الكلام فى استقرار الضمان عليه، و فى التأمّل فيه مجال لأنّه أقدم على الإتلاف اعتماداً على حكم القاضى بأنّه ماله، و أنّ له أن يتقلّب فيه بأى نحو شاء

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۵۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۲، ص: ۴۶۱

و معنى ذلك انّ القاضى لأجل جهله غرّه، و المغرور يرجع إلى من غرّه و لا تختصّ قاعدة الغرور بالغارّ العالم و هذا نظير ما إذ قال

الرجل لمن يمرّ على باب داره، ادخل دارى و كُلْ من غذائى فدخل و أكل ثمّ بان أنّ المأكول مستحق للغير فإنّ الضمان يستقر على الآمر لأنّه غرّه و لو لأجل جهله، فنسبة الإتلاف إلى السبب هنا أقوى.

بل يمكن استظهاره من الموثقة، بحمل ما جاء فيه من قتل أو قطع على أنّهما من باب المثال و أنّ الميزان هو خطأ القاضى من غير تقصير و بما أنّ عمل القضاء عمل غيرُ معصوم و مثله، لا ينفك عن الخطأ و الاشتباه، جعل الشارع الدية و الغرامة مطلقاً فى بيت مال المسلمين لئلا يخسر القاضى و يترك ممارسة عمل القضاء فلاحظ.

مسائل

الأُولى: فى قبول شهادة الورثة على الرجوع

إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد وارثان أنّه رجع عن ذلك و أوصى لخالد بعين ما أوصى به للأوّل فهل تقبل شهادة الرجوع أو لا؟ ذهب الشيخ إلى القبول. قال: فإن شهد أجنبيان أنّه أوصى لزيد بثلث ماله، و شهد وارثان أنّه أوصى بثلث ماله لعمرو، و رجع عن الوصية لزيد، و شهد آخران إلى أنّه رجع عن الوصية لعمرو، و أوصى بثلث ماله لخالد قبلناها كلّها و صحّ الرجوع فى حقّ زيد و عمرو، و ثبت الثلث لخالد «۱» و ما ذكره و إن لم يكن نفس مسألتنا، لأنّ الشاهدين الأخيرين غير وارثين لكنّه يعلم منه نظره فيهما، حيث إنّ البيّنة الأُولى، تردّ بالبيّنة الثانية المتشكلة من الوارث و لو لم تلاحقها البيّنة الثالثة لأنّهما لا تجرّان

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۵۳.

نفعاً.

و أورد عليه المحقّق بأنّ زيد المشهود له إنّما يأخذ المال من يد الوارثين الشاهدين فالمشهود له يكون مدّعياً و غيره منكراً فكيف تقبل شهادة المنكر على المدّعى.

الثانية: فى شهادة الواحد على الرجوع

إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و أنّه أوصى لعمرو.

قال المحقّق: كان لعمرو أن يحلف مع شاهده لأنّها شهادة منفردة لا تعارض الأُولى.

و حاصله: أنّ قول الشاهد العادل تارة يعارض مفاد البيّنة كما إذ قال الشاهد: رجع عن الوصية و قالت البيّنة: لم ترجع فتقدم البيّنة على قول الشاهد مع يمين المدّعى، و أُخرى لا يكون معارضاً كما فى المقام، فإنّ الشاهد العادل، لا يُنكر صحّة الوصية الأُولى بل يدّعى رجوعه عن وصيته فى ظرفها و يقول: إنّه عدل عنها فى ظرف كذا ففى مثله بما أنّه لا يعارض البيّنة يقبل قوله مع يمين المدّعى.

الثالثة: الشهادة على الرجوع عن إحدى الوصيتين

لو أوصى بوصيّتين منفردتين فشهد آخران، أنّه رجع عن إحداهما فروى المحقّق عن الشيخ أنّه قال: لا يقبل لعدم التعيين. «۱»

قال الشیخ: إذا شهد شاهدان أنّه أوصی بثلث ماله لزید، و شهد وارثان أنّه

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۱۴۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۲، ص: ۴۶۳

رجع عنها و أوصی بثلث ماله لعمرو و شهد آخران أنّه رجع عن إحدی الوصیتین، سقطت الثالثهٔ لما ذکرناه و قسمنا الثلث بین زید و عمرو و یکون وجود الثالثهٔ و عدمها سواء و عندنا یقرع بین الأوّلین. «۱»

و مراده من قوله: «لما ذکرناه» ما ذکره فی مثل هذا الفرع قال: «سقطت الثالثهٔ لأنّها لم یعین بها».

و کما یحتمل الرجوع إلی القرعهٔ التی هی لکلّ مشکل، إذ المستحق فی نفس الأمر أحدهما و نسبته إلیهما علی السواء، یحتمل کون المرجع هو قاعدهٔ العدل و الانصاف.

و هناک فروع مذکورهٔ فی الشرائع و الجواهر جدیرهٔ بالبحث ترکنا البحث فیها للقارئ الکریم.

بلغ الکلام إلی هنا بید مؤلفه الفقیر جعفر السبحانی

فی سادس شهر شعبان المعظّم من شهور عام ۱۴۰۴،

و تمّ التبییض فی الدورهٔ الثانیهٔ صبیحهٔ یوم الثانی و العشرین

من ذی الحجّهٔ الحرام من شهور عام ۱۴۱۶

و أرجو من اللّه سبحانه أن ینتفع به

رُوّاد الفقه و بُغاته إنّه بذلک قدیر

و بالإجابهٔ جدیر.

(۱) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۲۵۳.

تعریف مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبهٔ/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... َ یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلاّمهٔ فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّهٔ" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیهٔ الله "الشمس آباذی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذهٔ هذه المدینهٔ، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرهٔ الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحهٔ صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَهِٔ ۱۳۴۰ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۳۸۰ الهجریّهٔ القمریّهٔ)، مؤسَّسهً و طریقهً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّهٔ" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَهِٔ ۱۳۸۵ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۴۲۷ الهجریّهٔ القمریّهٔ) تحتَ عنایهٔ سماحهٔ آیهٔ الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَهِٔ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّهٔ و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّهٔ، ثقافیّهٔ و علمیّهٔ...

الأهداف: الدّفاع عن ساحهٔ الشیعهٔ و تبسیط ثَقافهٔ الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشَّباب و

عموم النـاس إلى التّحَرّی الأدَقّ للمسائـل الدّينيّـة، تخليف المطـالب النّافعـة – مكـانَ البَلاـتيثِ المبتذلـة أو الرّديئـة – فی المحـاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقَافيّةٍ على أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جِهةٍ اُخرَى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمية "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخـَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بناية"القائميّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى

بالقائمیّـة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سـماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم – فی حدّ التّمکـّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.